DIE

UNZULÄNGLICHKEITSEINREDE.

(§§ 1990—1992 B. G. B.)

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR ERLANGUNG DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

HUGO BLÜTHE

RECHTSPRAKTIKANT

AUS

KAISERSLAUTERN.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

WÜRZBURG.

V. N. SEUBERT'S BUCHDRUCKEREI.

1906.

REFERENT:

HERR PROF. DR. MENDELSSOHN-BARTHOLDY.

MEINEN

LIEBEN ELTERN

IN DANKBARKEIT

GEWIDMET.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507204_0059

Inhalt.

I. Einleitung: **Die Erbenhaftung.**

§ 1. Altes römisches, altes deutsches und gemeines Recht.
§ 2. Partikuläres Recht der neueren Zeit.
§ 3. Neues bürgerliches Recht.

II. Hauptstück: **Die Unzulänglichkeitseinrede.**

§ 1. Entstehungsgeschichte und Allgemeines.
§ 2. Benennung.
§ 3. Voraussetzungen.
§ 4. Das Recht und die Pflicht des Erben nach § 1990.
§ 5. Nachlassverbindlichkeiten.
§ 6. Umfang des herauszugebenden Nachlasses.
§ 7. Reihenfolge der Befriedigung der Nachlassgläubiger.
§ 8. Einige andere Gesetzesstellen in ihrer Anwendung auf die §§ 1990 ff.
§ 9. Die Unzulänglichkeitseinrede im Konkurs über das Eigenvermögen des Erben.
§ 10. Haftung für Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen, wenn die Ueberschuldung des Nachlasses auf diesen Verbindlichkeiten beruht (§ 1992).
§ 11. Prozessuale Geltendmachung des Rechtes zur Beschränkung der Haftung im Falle der §§ 1990—1992.
§ 12. Analoge Anwendung der §§ 1990—1992.

Litteratur und Abkürzungen.

Binder, die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen B. G. B., II. Teil, 1903.

Bingner, Bemerkungen zu dem 2. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich im Sächs. Archiv für bürg. Recht und Prozess, V. Band, 1895, S. 593 ff.

Böhm, das Erbrecht des B. G. B., 1900, 2. Auflage.

Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht, 1898.

Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 2. Auflage.

Dernburg, Pandekten, dritter Band, 1894, 4. Auflage.

Eccius, Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 43, 1899, S. 603 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Engelmann, das bürgerliche Recht Deutschlands, 1. Auflage 1903.

Fischer-Henle, B. G. B., Handausgabe m. Anmerkungen, 5. Aufl. 1902.

Frommhold, Erbrecht.

Gaupp-Stein, Zivilprozessordnung, Kommentar, 1904.

Hachenburg, Vorträge über das B. G. B., 2. Aufl., 1900, S. 648 ff.

Hagen, die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten, in Iherings Jahrbüchern, Band 42, 1901, S. 43 ff.

Jäger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs im neuen Reichsrecht, 1898.

Meyer, Blätter für Rechtsanwendung Band 65, 1900. S. 30 ff.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts, 1. Jahrgang.

Oetker, Zivilprozessordnung, Konkursordnung, Handelsgesetzbuch in alter und neuer Gsstalt, 1899.

Planck, in der deutschen Juristenzeitung, 4. Jahrg. 1899, S. 365 ff.

Planck, Kommentar zum B. G. B, V. Band, 1902.

Singer, Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 64, 1899. S. 340 ff.

Sörgel, Rechtsprechung.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B., Band V, 2. Auflage, 1904.

Strohal, das deutsche Erbrecht, 2. Band, 3. Auflage, 1904.

Weissler, das deutsche Nachlassverfahren, 1900.

Wendt, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd 36, 1896, S 380 ff.

Wilke, Veröffentlichungen des Berliner Anwaltsvereins, 9. Heft, 1898, S. 10 ff.

Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B., 1896.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B., Bd. V., Erbrecht.

Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich Bd. V, Erbrecht, 1888.

In der Darstellung sind bei der Verweisung auf die Litteratur nur der Name des Verfassers und die Seitenzahl genannt.

P bedeutet die obenerwähnten Protokolle.

M „ „ „ Motive.

E bedeutet Entwurf zum B. G. B.

Planck bedeutet den Kommentar; ist der Aufsatz des Kommentators in der Juristenzeitung gemeint, so ist dies besonders erwähnt.

Sämtliche übrigen Abkürzungen sind die üblichen, so auch die Nummerierung der Entwürfe.

Ist bei einem Paragraphen kein Gesetz angegeben, so ist das Bürgerliche Gesetzbuch gemeint.

Einleitung.

Die Erbenhaftung.

§ 1.
Altes römisches, altes deutsches und gemeines Recht.

Nach römischem Rechte*) bewirkte die Erbfolge, d. h. der Eintritt des Erben an die Stelle des Erblassers, eine Rechtsnachfolge in die gesamten Vermögensrechtsverhältnisse des Verstorbenen, eine Gesamtnachfolge oder Universalsuccession. An diesem Grundsatz hat das römische Recht bis zuletzt festgehalten. Er hat zur Folge, dass der Nachlass als eine Einheit behandelt wird und der Erbe auch für die Schulden des Erblassers in gleicher Weise einsteht, als wären es seine eigenen Schulden.

Dem deutschen Rechte war der Gedanke einer Universalsuccession fremd. Nach ihm bildete der Nachlass nicht eine Einheit, sondern nur einen durch die Person des Erblassers zusammengehaltenen, mit seinem Tode sich auflösenden Inbegriff von Vermögensrechten, und die Schulden waren nur aus dem Nachlasse zu berichtigen.

Dem Grundsatz der Universalsuccession entspricht eine unbeschränkte Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten, d. h. eine Haftung auch mit seinem eigenen Vermögen, eine persönliche Haftung in unbeschränkter Höhe. Das ältere deutsche Recht, das den Grundsatz hatte: „Nachlasschulden können nur durch den Nachlass selbst Befriedigung erlangen", kannte

*) Engelmann, S. 726.

eine solche persönliche Haftung des Erben nicht. Da aber, wo grundsätzlich unbeschränkte Haftung besteht, kann auf dem Wege einer Sonderung von Nachlass und eigenem Vermögen des Erben eine auf den Nachlass beschränkte Haftung für die Nachlasschulden und eine auf das Eigenvermögen beschränkte Haftung für die eigenen Schulden des Erben herbeigeführt werden. Der Standpunkt beschränkter Haftung ist nicht unbillig für den Gläubiger. Denn wer Kredit gewährt, darf nicht darauf rechnen, dass die Befriedigungsmittel seines Schuldners eine Vermehrung erfahren werden, die Haftungsbeschränkung ist deshalb auch ein geeignetes Mittel gegen leichtsinnige Kreditgewährung*).

Schon im älteren römischen Recht**) fehlte es nicht ganz an Hülfe gegen die Nachteile, die dem Erben aus seiner persönlichen Haftung erwuchsen, wenn der Nachlass überschuldet war. Der Erbe konnte, falls sich nach dem Erbschaftserwerb eine nicht voraussehbare Schuldenlast ergab, wegen entschuldbaren Irrtums Restitution erlangen, und Soldaten gab man seit Gordian ohne weiteres Restitution, wenn sich Ueberschuldung des Nachlasses herausstellte. Doch Ausnahmen vom Prinzip lagen hierin nicht. Denn die so Begünstigten hörten infolge der Restitution auf, Erben zu sein, waren also keineswegs Erben mit beschränkter Haftung. Erst Justinian führte mittels der Rechtswohltat des Inventars eine beschränkte Haftung des Erben ein. Cf. l. 22 C. de jure deliberanti 6,30 aus dem Jahre 531, § 6 J. de her. qualitate 2,19 und nov. 1 cap. 2. Wenn nämlich der Erbe, welcher sich eine Überlegungsfrist nicht erbittet, ein Inventar, d. h. ein Verzeichnis der Nachlassobjekte, rechtzeitig und in gehöriger Form errichtet, soll er den Nachlassgläubigern nur auf den Betrag des Nachlasses verpflichtet sein.

*) Engelmann, S. 808.

**) Dernburg, S. 344.

Dieses beneficium inventarii ist in das gemeine Recht übernommen worden, allerdings mit einigen Veränderungen. Eine wesentliche Frage*) ist es z. B. ob der Erbe blos mit den Nachlassobjekten (cum viribus) für die Nachlassschulden haftet oder ob sich die Rechtswohltat darauf beschränkt, dass er nur auf Höhe des Betrags des Nachlasses (pro viribus), aber soweit auch persönlich verpflichtet sei. Das letztere ist justinianisches Recht. Die Nachlassgläubiger können also auch aus dem eigenen Vermögen des Erben ihre Befriedigung entnehmen und dasselbe pfänden. Nur die Summe, welche sie vom Inventarerben beitreiben können, ist durch den Wertbetrag des Nachlasses beschränkt.

Die gemeinrechtliche Praxis ist aber einen erheblichen Schritt weiter gegangen. Nach ihr haftet der Inventar- oder Benificialerbe nur mit den Nachlassobjekten den Nachlassgläubigern. Diese können also Exekution nur in die Nachlassobjekte betreiben. Soweit jedoch aus dem Nachlass Werte in das eigene Vermögen des Erben geflossen sind, kann er auch persönlich aus diesem Vermögen in Anspruch genommen werden.

Ferner fragt es sich, ob der Benefizialerbe die Nachlassgläubiger unter Berücksichtigung ihrer konkursmässigen Priorität zu befriedigen hat, sodass er hiefür persönlich verantwortlich ist, oder ob er sie befriedigen kann, wie sie sich melden, ohne alle Rücksicht auf Vorzugsrechte. Das letztere ist das System des justinianischen Rechts. Dem Erben wird also die schwierige Aufgabe, die Priorität der Nachlassforderungen festzustellen, nicht aufgebürdet. Gemeinrechtlich bleibt es dem einzelnen Gläubiger überlassen, im Falle der Insolvenz des Nachlasses Konkurs über denselben zu beantragen.

*) Dernburg, S. 346.

Das Gegenstück des beneficium inventarii war im römischen und gemeinen Recht die Rechtswohltat der Gütertrennung (beneficium separationis). Die Konfusion des Nachlasses nämlich*) mit dem Vermögen des Erben ist den Erbschaftsgläubigern nachteilig, wenn der Erbe überschuldet, der Nachlass aber nicht oder doch weniger überschuldet ist. Denn infolge der Konfusion der Vermögen unterliegen die Erbschaftsgläubiger nunmehr der Konkurrenz der eigenen Gläubiger des Erben und müssen mit diesen im Falle der Eröffnung eines Konkurses über das Vermögen des Erben in das Teil gehen, während sie ohne den Antritt des Erben aus dem Nachlasse vollständige oder doch bessere Befriedigung erwarten durften. Hierin liegt eine Unbilligkeit, welche gesunder Kreditgewährung nicht förderlich ist. Denn der Gläubiger kann bei der Kreditierung nur die Person und die Umstände seines Mitkontrahenten prüfen, nicht aber berechnen, wie lange er lebt und wer sein Erbe wird. Andererseits ist der Vorteil, den die eigenen Gläubiger des Erben auf Kosten der Erbschaftsgläubiger erlangen, ein unverdienter; er würde nicht selten eine Prämiierung ungesunden Kredites bilden. Diese Erwägungen führten dahin, den Erbschaftsgläubigern Separation des Nachlasses zu gewähren, damit sie sich aus demselben vorzugsweise befriedigen, l. 1 § 1 D. de separationibus 42,6. Sie haben dieses Recht nicht blos im Falle des Konkurses des Erben, sondern auch wenn sie sonst durch die Konkurrenz der Gläubiger des Erben gefährdet werden. Die Separation ergreift, was der Erblasser direkt hinterliess, wie auch, was sich aus dem Nachlass entwickelt hat.

Unter den römischen Juristen war streitig, ob Nachlassgläubiger, welche die Separation erlangt hatten, wenn sich der Nachlass hinterher als unzureichend er-

*) Dernburg, S. 341.

wies, wiederum den Erben als ihren persönlichen Schuldner mit seinem eigenen Vermögen in Anspruch nehmen können. Hiefür liess sich das strenge Recht geltend machen. Aber nachdem die Erbschaftsgläubiger den Erben als ihren Schuldner zurückgewiesen und ihm den Nachlass entzogen hatten, forderte es die Konsequenz, dass auch der Erbe persönlich von ihnen befreit war. Dies haben die späteren römischen Juristen mit Recht angenommen.

Den Eigengläubigern des Erben stand ein gleiches Absonderungsrecht zum Schutz gegen den Erwerb einer überschuldeten Erbschaft nicht zu, und mit Recht. Denn die Gläubiger des Erben müssen es sich selber zuschreiben, wenn sie einem Schuldner kreditieren, welcher unvorsichtigerweise eine insolvente Erbschaft antritt, wie sie ja überhaupt durch verlustbringende Geschäfte desselben benachteiligt werden können.

§ 2.

Partikuläres Recht der neueren Zeit.*)

Den im § 1 angeführten Rechtssätzen des römischen, bezw. des gemeinen Rechts haben sich das bayerische Landrecht III, 1 § 18 und das französische Recht (Code civil Art. 724, 802) angeschlossen.

Demgegenüber sind das Preussische Allgemeine Landrecht (I, §§ 413—433) und das Sächsische Gesetzbuch §§ 2328 ff.) der deutschrechtlichen Auffassung gefolgt, wonach die Nachlassgläubiger grundsätzlich nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Nachlass haben. Das Sächsische Gesetzbuch hat diese Auffassung vollständig durchgeführt; selbst den Erben, welcher die rechtzeitige Inventarerrichtung versäumt, trifft eine Verantwortlichkeit nur insoweit, als er Nach-

*) Denkschrift Seite 263.

lassgegenstände veräussert oder Gläubiger ohne Rücksicht auf die für den Konkurs geltenden Vorschriften befriedigt. Nach der preussischen Gesetzgebung dagegen verliert der Erbe das Recht auf beschränkte Haftung und haftet persönlich auch mit dem eigenen Vermögen, wenn er die Erbschaft ausdrücklich ohne Vorbehalt annimmt, oder wenn er es versäumt, innerhalb bestimmter Frist ein Inventar aufzunehmen.

In manchen Partikularrechten, die das System der unbeschränkten Haftung haben, haben geradeso wie im gemeinen Recht die Nachlassgläubiger das beneficium separationis, z. B. im bayerischen Landrecht.

§ 3.

Neues bürgerliches Recht.

Die Institute des beneficium inventarii und des beneficium separationis sind in dem neuen bürgerlichen Recht, dem Bürgerlichen Gesetzbuch, zusammengezogen worden, insofern als genau dieselben Wirkungen nach beiden Seiten hin eintreten, mag der Erbe selbst oder ein Nachlassgläubiger die Sonderung des Nachlasses vom Erbenvermögen fordern.

Ueber die Frage, ob grundsätzlich nach dem B. G. B. der Erbe beschränkt oder unbeschränkt haftet, ist eine lebhafte Kontroverse entstanden*). Die Ansicht, dass der Erbe nur beschränkt für die Nachlassverbindlichkeiten hafte und dass er die beschränkte Haftung erst verliere, wenn er nach Setzung der Inventarfrist vor deren Ablaufe das Inventar nicht errichte oder sonst eine Unterlassung oder eine Handlung sich zu Schulden kommen lasse, welche die unbeschränkte Haftung nach sich ziehe,**) knüpft regelmässig an die

*) Cf. Staudinger, Seite 119.

**) Cf. Hachenburg a. a. O., Goldmann in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 43., Eccius a. a. O., Binder § 19.

Bemerkung in Denkschrift S. 263 an, wo es heisst, das B. G. B. habe trotz der Fassung des § 1967 Abs. 1 zunächst nur eine Haftung mit dem Nachlass im Auge und die beschränkte Haftung des Erben sei dahin geregelt, dass der Nachlass in der Hand der Erben als ein mit den Nachlassverbindlichkeiten belastetes, von dem übrigen Vermögen des Erben getrenntes Vermögen behandelt wird. Ferner berufen sich die Anhänger der beschränkten Haftung auf den Wortlaut der §§ 1994 Abs. 1, Satz 2, 2000 Satz 3 *).

Die herrschende Lehre ist indes folgende: Der Erbe haftet für die Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten von vornherein persönlich, d. h. auch mit seinem eigenen Vermögen, nicht blos mit den Nachlassgegenständen, und unbeschränkt, d. h bis zum vollen Schuldbetrag, nicht blos bis zur Wertshöhe des Nachlasses. Die Haftung ist von Gesetzes wegen beschränkbar, wird jedoch unter gewissen Voraussetzungen unbeschränkbar, d. h. endgültig unbeschränkt. Zur Begründung dieser Ansicht sagt Jäger a. a. O. Seite 2 folgendes: Ausschlaggebend ist:

a) vor allem die Fassung der als sedes materiae zu betrachtenden §§ 1967 Abs. 1 und 1975: „der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten“ — „die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten beschränkt sich auf den Nachlass, wenn eine Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger (Nachlassverwaltung) angeordnet oder der Nachlasskonkurs eröffnet ist.“

b) ferner die grundsätzliche Anerkennung einer von Rechts wegen mit dem Erbfall eintretenden confusio und consolidatio zwischen Nachlass und Erben-

*) Besonders ausführlich hat Binder § 17 ff. die Gründe für die beschränkte Haftung angegeben.

vermögen (§§ 1976 ff., 1991 Abs. 2, 2143, 2175, 2377 B. G. B.).

c) endlich die Notwendigkeit ausdrücklicher Geltendmachung der erwirkten Haftungssonderung — im Rechtsstreite durch Einrede, in der Vollstreckungsinstanz durch Erhebung von Einwendungen, §§ 780, 781, 785 Z. P. O.

Eine vermittelnde Stellung will Strohal Seite 202, Anm. 20 einnehmen. Er bezeichnet die Erbenhaftung des B. G. B. als eine „grundsätzlich auf den Nachlass beschränkbare" und fährt fort: „Das Recht zur Beschränkung der Haftung auf den Nachlass kann dem Erben infolge seines Verhaltens verloren gehen. Treten die Voraussetzungen hiefür ein, so haftet der Erbe nach der vom Gesetz gewählten Ausdrucksweise „unbeschränkt". Sachlich richtiger bezeichnet man jedoch diese Haftung als eine nicht mehr beschränkbare und somit schlechthin unbeschränkte. Der Verfasser der Darstellung ist der Ansicht, dass Strohal, so sehr er sich auch dagegen wehrt, mit seinen Ausführungen doch auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre steht. Denn diese leugnet gar nicht, dass die Erbenhaftung eine beschränkbare ist. Das Wort „beschränkbar" deutet die Möglichkeit an, dass die Haftung in der Zukunft beschränkt werden kann, dass sie aber in der Gegenwart eben noch nicht beschränkt ist. Mehr aber wollen Jäger und die anderen Vertreter der herrschenden Richtung mit: „von vornherein unbeschränkter Haftung" gar nicht sagen. Wenn Strohal S. 205 sagt, das System des B. G. B. könne unmöglich für grundsätzlich unbeschränkt erklärt werden, weil nach der zweifellosen Absicht des Gesetzes dem Erben eine solche Art der Haftung, abgesehen von Ausnahmefällen, gerade nicht aufgelegt werden soll, so ist ja wohl zuzugeben, dass in der Praxis das Gesetz den Erben vor einer Haftung

ultra vires hereditatis bewahren will und in den meisten Fällen auch bewahrt. Aber bei dem ganzen Streit handelt es sich ja um den theoretischen Aufbau des Systems des B. G. B., und dass hier der Erbe sein Eigenvermögen erst durch gewisse Massnahmen vor der Exekution der Nachlassgläubiger schützen kann, also die Beschränkung der Haftung erst herbeiführen muss, gibt Strohal selbst zu. Vorher muss die Haftung aber doch auch irgendwie beschaffen sein, sie befindet sich in gleicher Verfassung, wie dann, wenn der Erbe es unterlässt, jene später zu erwähnenden Massnahmen zu ergreifen; der Nachlassgläubiger kann dann jedes Stück des Eigenvermögens des Erben durch die Zwangsvollstreckung erreichen. Man kommt immer wieder zum gleichen Schluss: Die Haftung ist von vornherein unbeschränkt. Wenn Strohal vom Verfasser richtig verstanden wurde, so ist die Kontroverse zwischen der herrschenden Lehre und der Ansicht Strohals ein reiner Wortstreit, wenn auch der letztere es nicht wahr haben will.

Der von vornherein unbeschränkt haftende Erbe hat, wie oben gesagt, das Recht, seine Haftung auf den Nachlass zu beschränken. Dieses Recht verwirkt der Erbe jedoch *):

1) einem einzelnen Gläubiger gegenüber, wenn er den von diesem verlangten Offenbarungseid, dass er, der Erbe, in dem von ihm herzustellenden Inventare **) nach bestem Wissen die Nachlassgegenstände so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei, zu

*) Jäger a. a. O. § 3.

**) Eine gesetzliche Inventarpflicht besteht nicht mehr. Jeder Nachlassgläubiger aber kann dem Erben eine Frist zur Aufzeichnung des Nachlassbestandes gerichtlich anberaumen lassen und so die Inventarpflicht begründen. Die Bedeutung eines selbständigen Haftungsbeschränkungsmittels kommt jetzt der Inventarerrichtung nicht mehr zu. Jäger a. a. O.

leisten verweigert. Der ausdrücklichen Verweigerung steht ein wiederholtes, unentschuldbares Versäumen des Schwurtermines gleich.

2) allen Gläubigern gegenüber:

a) durch Versäumung der Inventarfrist (§ 1994 Abs. 1), die dem Erben vom Nachlassgericht auf Gläubigerantrag bestimmt wird.

b) durch ungetreue Inventur, § 2005 Satz 1. Die Untreue äussert sich darin, dass der Erbe vorsätzlich im Inventar die Uebergehung beträchtlicher Aktiva, oder in der Absicht, die Nachlassgläubiger zu schädigen, die Einstellung nicht bestehender Passiva herbeiführt.

c) durch Verweigerung oder absichtliche Verzögerung der Auskunft, die der Erbe zur Ermöglichung der von ihm nach § 2003 beantragten amtlichen Inventur dem inventarisierenden Gericht oder Beamten über den Bestand des Nachlasses erteilen muss.

Wenn keiner der genannten Verwirkungsgründe vorliegt, so verwandelt sich die unbeschränkte Haftung unter gewissen Voraussetzungen in eine beschränkte. Bald wirkt diese Beschränkung allen Gläubigern, bald nur einzelnen gegenüber*).

I. Einzelnen Nachlassgläubigern gegenüber tritt beschränkte Haftung ein durch Ausschliessung. Diese erfolgt dadurch, dass der Erbe gemäss §§ 989—1000 Z. P. O. ein Aufgebot der Nachlassgläubiger erlässt und ein Ausschlussurteil gegen diejenigen Gläubiger erwirkt, welche sich in diesem Verfahren nicht gemeldet haben. § 1973 B. G. B. Den durch Ausschlussurteil Ausgeschlossenen stehen diejenigen Nachlassgläubiger gleich, welche sich erst nach Ablauf von fünf Jahren vom Zeitpunkt des Erbfalls ab melden, § 1974 B. G. B. Diese beiden Arten von Gläubigern werden jedoch nicht präkludiert,

*) Jäger, § 2.

sondern degradiert. Der Erbe kann ihre Befriedigung nur insoweit verweigern, als der Nachlass durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird, § 1973 Abs. 1 Satz 1. Einen Ueberschuss hat der Erbe zum Zweck der Befriedigung des ausgeschlossenen Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Er kann die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlassgegenstände durch Zahlung des Wertes abwenden. Gewisse Gruppen von Nachlassgläubigern können nicht ausgeschlossen werden. §§ 1971, 1972.

II. Allen Nachlassgläubigern gegenüber tritt die beschränkte Erbenhaftung ein, wenn über den Nachlass auf Antrag eines Nachlassgläubigers oder des Erben

1. die Nachlassverwaltung, d. h. eine Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger angeordnet, §§ 1975—1988 B. G. B, oder

2. der Nachlasskonkurs eröffnet wird, §§ 1975 B. G. B. §§ 214—235 K. O.

Bei Ueberschuldung des Nachlasses ist der Nachlasskonkurs, sonst die Nachlassverwaltung das geeignete Mittel der Haftungsbeschränkung. Die Nachlassverwaltung, ein besonderer Fall der Nachlasspflegschaft, obliegt einem einzigen Organe, dem Nachlassverwalter, als gesetzlichem Vertreter des Erben. Die Stellung des Verwalters ist ein Analogon zur Rechtsstellung des Konkursverwalters.

In beiden Fällen, bei Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs, verliert der Erbe die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Nachlasses, 1984 Abs. 1 B. G. B. §§ 6—8 K. O. In beiden Fällen tritt eine scharfe Sonderung zwischen Nachlass und Erbenvermögen ein. Das zeigt sich besonders nach drei Richtungen hin:

Erstens für Nachlassverbindlichkeiten haftet ausschliesslich der Nachlass, § 1975, für Erbenschulden ausschliesslich das Erbenvermögen. Zweitens wird die infolge des Erbfalls eingetretene confusio und consolidatio rückgängig, §§ 1976, 1977 B. G. B. § 225 K. O. Endlich ist der Erbe aus seiner bisherigen Geschäftsführung den Nachlassgläubigern wie ein Verwalter fremden Vermögens (Mandatar oder negotiorum gestor) berechtigt und verpflichtet.

Die Nachlassverwaltung endigt normalerweise mit Erreichung ihres Zwecks, d. h. mit Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger, § 1975. Ein Ueberschuss ist dem Erben auszuantworten. § 1986. Stellt sich eine Ueberschuldung des Nachlasses heraus, so muss der Nachlassverwalter bei Vermeidung der Schadensersatzpflicht gegenüber den Nachlassgläubigern unverzüglich die Konkurseröffnung beantragen, §§ 1985, Abs. 2, 1980. Die Nachlassverwaltung geht über in den Nachlasskonkurs. Endlich kann Unzulänglichkeit der Masse zur Kostendeckung zur Aufhebung der bereits angeordneten Nachlassverwaltung führen, § 1988.

3. Ein weiteres allgemein wirkendes Haftungsbeschränkungsmittel ist die sogenannte Abzugs- oder Unzulänglichkeitseinrede. Dieses Mittel greift Platz, wenn die beiden anderen wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse versagen oder die Ueberschuldung des Nachlasses nur auf Vermächtnissen*) und Auflagen**) beruht.

---

*) Vermächtnis ist die in Form des Testaments oder Erbvertrags erfolgte Zuwendung eines Vermögensvorteils, ohne dass der Honorierte als Erbe eingesetzt ist. § 1939.

**) Auflage ist die durch Testament oder Erbvertrag erfolgte Anordnung, dass der Erbe oder Vermächtnissnehmer zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet sein soll, ohne dass derjenige, dem die Leistung zukommen soll, ein Recht darauf hat.

Hauptstück.

Die Unzulänglichkeitseinrede.

§ 1.

Entstehungsgeschichte und Allgemeines.

Die Unzulänglichkeitseinrede findet im B. G. B. ihre Regelung in den §§ 1990—1992. Diese lauten:

§ 1990.

Ist die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlasskonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich oder wird aus diesem Grunde die Nachlassverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt, so kann der Erbe die Befriedigung eines Nachlassgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht. Der Erbe ist in diesem Falle verpflichtet, den Nachlass zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben.

Das Recht des Erben wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Gläubiger nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung ein Pfandrecht oder eine Hypothek oder im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung erlangt hat.

§ 1991.

Macht der Erbe von dem ihm nach § 1990 zustehenden Rechte Gebrauch, so finden auf seine Verantwortlichkeit und den Ersatz seiner Aufwendungen die Vorschriften der §§ 1978, 1979 Anwendung.

Die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse gelten im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Erben als nicht erloschen. Die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines Gläubigers wirkt einem andern Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung.

Die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen hat der Erbe so zu berichtigen, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung kommen würden.

§ 1992.

Beruht die Ueberschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen, so ist der Erbe, auch wenn die Voraussetzungen des § 1990 nicht vorliegen, berechtigt, die Berichtigung dieser Verbindlichkeiten nach den Vorschriften der §§ 1990, 1991 zu bewirken. Er kann die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlassgegenstände durch Zahlung des Wertes abwenden.

Diese Bestimmungen stellen sich dar als der letzte Rest der sogenannten Abzugseinrede des E. I.*) Der einschlägige § im E. I. lautete:

„Ist der Nachlass zur vollständigen Befriedigung der Nachlassgläubiger unzureichend, der Konkurs über den Nachlass aber nicht eröffnet, so kann der Inventarerbe einem Nachlassgläubiger auf dessen Forderung den Betrag in Abzug bringen, mit welchem der Gläubiger im Nachlasskonkurse ausfallen würde (Abzugseinrede).

Bei Feststellung des abzuziehenden Betrages finden die im Falle des Nachlasskonkurses geltenden Vorschriften, insbesondere die §§ 2112 bis 2115, 2117, entsprechende Anwendung, soweit nicht aus den §§ 2134—3139 ein Anderes sich ergibt.“

Die Unzulänglichkeitseinrede des B. G. B. hat, wie wir

*) Hachenburg, Seite 681 ff. Staudinger Seite 199.

sehen, eine wesentlich von der Abzugseinrede des E. I. veränderte Gestalt. Letztere Einrede ist im allgemeinen im B. G. B. durch die Nachlassverwaltung ersetzt worden. Die alte Abzugseinrede gewährte auch ohne Eröffnung des Konkurses die Möglichkeit, den Nachlass konkursmässig zu verteilen. Dies geschah auch, wenn es durchaus nicht an Mitteln zur Konkurskostendeckung fehlte. Es genügte, wenn der Nachlass zur vollständigen Befriedigung der Nachlassgläubiger unzureichend erschien. Der Erbe durfte den Betrag in Abzug bringen, mit welchem der Gläubiger im Nachlasskonkurse ausfallen musste. Man dachte an die Fälle, in denen nur ein Gläubiger vorhanden oder das Sachverhältnis sehr einfach und leicht zu übersehen ist*). Der Erbe hatte die Pflicht, die Gläubiger nach den Prinzipien des Konkurses zu befriedigen. Er musste ein genaues Verzeichnis von Aktiven und Passiven anfertigen. Der Wert der bei dem Erben noch vorhandenen Gegenstände war durch Schätzung festzustellen § 2136 E. I. In der II. Kommission ist insbesondere gegenüber dem E I. geltend gemacht worden, er „mute dem Erben damit, dass er ihm zur Pflicht mache, die Gläubiger nach konkursmässigen Grundsätzen zu befriedigen, eine Aufgabe zu, welcher der Erbe in der Regel nicht gewachsen sein werde. So viel Rechtskenntnis, wie zur Erfüllung dieser Aufgabe notwendig sei, könne man nicht voraussetzen. Auch würde man den Erben der Gefahr eines Prozesses mit jedem Gläubiger preisgeben, und es könnte in jedem der Prozesse über die Höhe des Schuldenstandes und der Teilungsmasse gestritten werden". Der E. II. beseitigte deshalb die Abzugseinrede und schuf als Ersatz dafür die Nachlassverwaltung. Nur die Unzulänglichkeitseinrede lebt als Rest der alten Abzugseinrede fort, jedoch von ihr verschieden durch die besonderen Voraussetzungen der §§ 1990—1992,

*) Motive V, Seite 655.

sowie durch das Bestehen von teilweise ganz anderen Grundsätzen hinsichtlich der Einschränkung der Haftung des Erben und seiner Pflichten gegenüber den Gläubigern. Nur § 1991 Abs. 4, auf welchen natürlich auch § 1992 verweist, verlangt eine konkursmässige Befriedigung von bestimmten Gläubigern. Hier widerspricht es der Billigkeit, dem Erben freie Hand zu lassen.

§ 2.

Benennung.

Die Einrede der §§ 1990 ff. wird in der Litteratur mit verschiedenen Namen bezeichnet. Endemann a. a. O. III., § 101 nennt sie „Erschöpfungseinrede", Frommhold Bem. zu §§ 1990 und 1992, S. 58 und 60 „Einrede des überschuldeten Nachlasses". „Abzugseinrede" heisst sie vielfach auch noch, obwohl doch von einem konkursmässigen Abzug, von dem der Name im E. I. herrührt, im Regelfall keine Rede mehr ist. Cosack II § 382 Nr. III und Strohal § 81 Note 3 sowie Binder, S. 209 sprechen von der Einrede der beschränkten Haftung wegen Dürftigkeit des Nachlasses oder abgekürzt von der Einrede der Dürftigkeit. Diese letzteren Schriftsteller behaupten nämlich, es sei zur Anwendung des § 1990 Ueberschuldung des Nachlasses nicht nötig, wenn dieser nur gering sei, im Gegensatz zu folgenden Autoren, welche die Ueberschuldung zur Anwendung des genannten § voraussetzen und die Einrede die Unzulänglichkeitseinrede nennen. Diese sind: Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 2, § 173, Jäger, S. 6, Böhm, S. 364, Oetker, S. 187, Staudinger S. 201. Vergl. bezüglich letztgenannter Kontroverse den folgenden §.

§ 3.

Voraussetzungen.

Als Voraussetzung der gewöhnlichen Unzulänglichkeiteinrede*) wird verlangt, dass die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlasskonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich ist oder aus diesem Grunde die Nachlassverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt wird. Der Beweis dieser Voraussetzung kann durch die Vorlegung der die Dürftigkeit bereits feststellenden Entscheidung des zuständigen Gerichts (cf. §§ 1982, 1988 Abs. 2 B. G. B und § 107, 204 K. O.) geführt werden, und es unterliegen die Gründe einer solchen Entscheidung wohl nicht der Nachprüfung des Prozessgerichts. Wendt a. a. O., S. 380 sagt, das Recht der beschränkten Haftung werde dem Erben durch den Antrag auf Verwaltung oder Konkurs erworben. Das ist jedoch nicht richtig. Es genügt vielmehr die Prüfung der Dürftigkeit des Nachlasses von seiten des Prozessrichters, und es kann diesem der Erbe in jeder möglichen Weise den Beweis erbringen, dass der Nachlass zur Kostendeckung nicht ausreicht. Allerdings wird der vorsichtige Erbe gut daran tun, wenn er den Antrag beim Nachlassgericht stellt und sich damit abweisen lässt, aber notwendig ist es nicht.**) Staudinger meint, die Kosten des Antrags fielen dem Erben zur Last, da er ihn im eigenen Interesse stelle.***) Indessen ist es sehr wohl möglich, dass mancher Prozess dadurch vermieden wird, dass der Erbe dem Gläubiger den klaren

*) § 1992 soll vorerst ganz ausser Betracht bleiben und wird in einem besonderen § behandelt.

**) Wilke S. 19, Staudinger S 202, Planck S. 110, Böhm S. 364 Anm. 2, Hachenburg S. 682.

***) Ebenso Böhm a. a O., Jäger S. 8, Oetker S. 183, Endemann III § 101 Anm. 2.

Ablehnungsbeschluss des Gerichts vorlegen kann; dadurch aber bleiben der Nachlassmasse Werte erhalten. Es fallen deshalb nach der Ansicht des Verfassers die Kosten des Antrags dem Nachlass ebenso zur Last wie die Kosten eines Prozesses, da die Antragstellung auch im Interesse des Nachlasses liegen kann.*)

Eine bestrittene Frage ist, ob Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1990 ist, dass der Nachlass überschuldet ist. Die einen Schriftsteller behaupten, dass Ueberschuldung vorausgesetzt sei, so Staudinger S. 202, Hachenburg S. 683. Die Worte in § 1990: „insoweit als der Nachlass nicht ausreicht" und in § 1992: „beruht die Ueberschuldung" liessen keinen Zweifel darüber, dass nur bei Unzureichendheit der Nachlassaktiva zur Deckung der Nachlassverbindlichkeiten diese Vorschriften zur Anwendung kommen könnten. Der entgegengesetzten Ansicht sind Binder S. 208, N. 16, Strohal § 81, I, Cosack II § 382 N. III; cf. insbes. Weissler S. 326 ff. Gegen letztere Ansicht sprechen die vorerwähnten Anführungen Staudingers und Hachenburgs nicht unbedingt, dafür aber spricht vor allem, dass bei Dürftigkeit des Nachlasses die Einrede aus § 1990 auch ein Ersatz der Nachlassverwaltung sein soll, und bei dieser ist ja bekanntlich Ueberschuldung des Nachlasses nicht vorausgesetzt. Ferner wenn der Erbe den Gläubiger auf den unzulänglichen Nachlass verweisen darf, muss er ihn auf den zulänglichen erst recht verweisen dürfen. Der Erbe soll auch unter allen Umständen gegen den Zugriff der Nachlassgläubiger auf sein Eigenvermögen gegeschützt werden, und das wäre er beim Vorliegen eines dürftigen, aber nicht überschuldeten Nachlasses nicht, wenn die Ansicht Hachenburgs den Sinn des Ge-

*) Inwieweit die Kosten eines Prozesses dem Nachlass zur Last fallen, cf. § 11 der Darstellung.

setzes darstellen würde. Denn auf welche Gesetzesbestimmung gestützt, könnte in diesem Falle der Erbe seine Haftungsbeschränkung geltend machen? Der Ausdruck „Unzulänglichkeitseinrede“ ist deshalb doch nicht zu verwerfen. Denn dieser Ausdruck wird vom Verfasser gebraucht gleich „Einrede der Unzulänglichkeit zur Kostendeckung“, (nicht wie von Staudinger u. a. „zur Schuldenzahlung“). hat also den gleichen Sinn wie Dürftigkeitseinrede*). Der Verfasser gebraucht gerne den Ausdruck „Unzulänglichkeitseinrede“, weil er in der Litteratur sehr viel gebraucht wird.

Gleichgültig ist, ob die Dürftigkeit des Nachlasses schon zur Zeit des Erbfalls vorhanden war oder erst hinterher, z. B. durch zufälligen Untergang von Nachlassgegenständen oder durch Verminderung des ursprünglichen Nachlassbestandes infolge der vom Erben vorgenommenen Befriedigung von Nachlassgläubigern, eingetreten ist**).

Nicht ausgeschlossen wird das Recht des Erben dadurch, dass der Gläubiger nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung ein Pfandrecht oder eine Hypothek oder im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung (§§ 883 ff.) erlangt hat. An sich sind Zwangsvollstreckungen und Arreste zugunsten eines Nachlassgläubigers nach dem Eintritt des Erbfalls sowohl in den Nachlass als auch — sobald die Erbschaft angenommen ist, Z. P. O. § 778 Abs. 1 — in das eigene Vermögen des Erben zulässig; sie werden nach Z. P. O. § 782 auch durch Geltendmachung der Einrede aus den §§ 2014, 2015 nicht ausgeschlossen, vielmehr wird dadurch die Zwangsvollstreckung nur auf die zur Voll-

*) Cf. § 2 der Darstellung am Ende.

**) Strohal S. 299, Binder S. 207, Planck S. 112 litt. f., Planck in deutsch. Juristenzeitung S. 367, Sörgel 1904, S. 297.

ziehung eines Arrestes zulässigen Massregeln beschränkt. Ist Nachlassverwaltung angeordnet oder Nachlasskonkurs eröffnet, so werden die in das eigene Vermögen des Erben erfolgten Vollstreckungsmassregeln nach Z. P. O. § 784 Abs. 1 auf Antrag des Erben aufgehoben; Vollstreckungsmassregeln gegen den Nachlass verlieren nach K. O. § 221 im Nachlasskonkurs ihre Wirksamkeit. Von Wirkungen dieser Art beim Eintreten beschränkter Haftung wegen Dürftigkeit des Nachlasses steht in der Z. P. O. nichts. Diese Lücke füllt der Abs. 2 des § 1990 aus. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist die, dass der Erbe, insoweit die fragliche dingliche Sicherungsmassregel sein eigenes Vermögen ergriffen hat, deren Aufhebung verlangen kann, und soweit sie den Nachlass ergriffen hat, sie nur insoweit gelten zu lassen braucht, als sie mit der Dürftigkeitseinrede des Erben und dem darin liegenden Rechte desselben im Einklang sich befindet. Erwähnt sei, dass die Bestimmung des § 1990 Abs. 2 in Ansehung eines an einem beweglichen Nachlassgegenstand erlangten Pfandrechts ohne Bedeutung ist, weil das Pfandrecht nach § 1204 dem Gläubiger kein weiteres Recht gewährt, als der Nachlassgläubiger auch durch die Herausgabe des Nachlasses erlangt. Betreffs der Vormerkung sei näher ausgeführt, dass sie nach § 883 zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder auf Aenderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes dient. Besteht ein solcher persönlicher Anspruch gegen den Erblasser, so unterliegt er zugunsten des Erben der Beschränkung nach § 1990. Wenn jedoch der Gläubiger für den Anspruch eine Vormerkung erlangt hat, so kann sich der Erbe, soweit der Anspruch durch die Vormerkung gesichert ist, nach § 884 B. G. B. auf die Beschränkung seiner Haftung nicht berufen.

Diese Bedeutung wird durch § 1990 Abs. 2 derjenigen Vormerkung entzogen, welche der Gläubiger erst nach dem Eintritt des Erbfalls im Wege der einstweiligen Verfügung erwirkt hat.*) Strohal S. 305 gibt zur Illustrierung des § 1990 Ab. 2 folgendes Beispiel: Der einzige vom Nachlass noch vorhandene Gegenstand ist eine hypothekarisch versicherte Forderung von 200 Mark; mit Rücksicht auf die von ihm auf den Nachlass gemachten Aufwendungen gebührt aber dem Erben im Verhältnis zu den Nachlassgläubigern ein Ersatz von 150 Mark. Späterhin erwirkt ein Nachlassgläubiger unter Bezugnahme auf einen mit dem Erblasser hinsichtlich der hypothekarisch versicherten Forderung geschlossenen Vertrag zur Sicherung seines Rechtes auf Abtretung der Hypothek in der angegebenen Weise eine Vormerkung. Unter den bezeichneten Verhältnissen kann der Gläubiger, dafern der Erbe die Beschränkung seiner Haftung geltend macht, seinen Anspruch auf Abtretung der hypothekarisch versicherten Forderung nur durchsetzen, wenn er dem Erben die Aufwendungen vergütet. Will er sich dazu nicht verstehen, so geht seinem Anspruch der Ersatzanspruch des Erben vor. Strohal führt S. 308, 309 Anm. 14 b auch aus, dass in dem Falle, wo zwei Gläubiger nacheinander die rechtskräftige Verurteilung des Erben erwirkt haben, derjenige, der zuerst diese erwirkt hat, dem andern auch vorgeht, wenn der letztere vor dem ersteren im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung ein Pfandrecht oder eine Hypothek oder im Wege der einstweiligen Verfügung eine Vormerkung erlangt hat.

Endemann III § 101 Anm. 19 stimmt im wesentlichen mit den obengenannten Schriftstellern überein, erachtet aber die Vorschrift des Abs. 2 des § 1990 nur

*) Cf. Planck, Bem. b zu § 1990, Staudinger S. 201 unter A, 2, Oetker S. 190, Böhm S. 367, Strohal S. 305.

dann für anwendbar, wenn in das Privatvermögen des Erben und nicht in den Nachlass derartige Vollstreckungsmassregeln erfolgt sind.

Binder S. 208, 209 billigt der Bestimmung des § 1990 Abs. 2 nur Bedeutung für Massregeln gegen den Nachlass zu. Hat der Gläubiger eigenes Vermögen des Erben gepfändet, heisst es a. a. O., so kann dieser schon nach den Vorschriften der Z. P. O. die Aufhebung der Vollstreckungsmassregeln fordern. In Anm. 21 auf Seite 209 bezeichnet Binder als diese Vorschrift der Z. P. O. den § 780. Wenn aber dies der Fall wäre, dass § 780 den § 1990 Abs. 2 B. G. B. ersetzen würde, dann würde § 784 ebenso überflüssig sein. Das Auffallendste aber ist, dass Binder der Ansicht ist, dass § 780 bei der Dürftigkeitseinrede überhaupt keine Anwendung finden kann. Worauf stützt er dann die Ansicht, dass in unsem Falle schon nach den Vorschriften der Z. P. O. die Aufhebung der Vollstreckungsmassregeln in das Eigenvermögen des Erben verlangt werden kann? § 780 kommt nur insoweit in Betracht, als der Erbe die Möglichkeit der Geltendmachung der Dürftigkeitseinrede dadurch verliert, dass er den Vorbehalt nach § 780 Z. P. O. im Urteil zu erwirken unterlässt.*)

§ 4.

Das Recht und die Pflicht des Erben nach § 1990.

Der Erbe hat beim Vorliegen der erwähnten Voraussetzungen das Recht, die Befriedigung eines Nachlassgläubigers insoweit zu verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht. Nach dem Wortlaut dieses Satzes scheint das Recht, die Befriedigung eines Gläubigers zu verweigern, bedingt zu sein durch den Umstand, dass

*) Staudinger, S. 201.

der Nachlass nicht ausreicht, also durch die Ueberschuldung des Nachlasses. Dass diese Annahme falsch ist, ist im § 3 der Darstellung ausgeführt und begründet. Es sei hier besonders auf die ausführliche Darlegung von Weissler, S. 326 ff. hingewiesen. Obenerwähnter Satz hat einfach die Bedeutung, dass, wenn Nachlassverwaltung oder Nachlasskonkurs aus Mangel an Masse nicht möglich ist, dennoch der Erbe eine Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlass geltend machen kann.

Dafür obliegt ihm aber die Pflicht, den Nachlass zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben. Diese Bestimmung ist in ihrem Wortlaut unglücklich gefasst, und es gehen die Ansichten über ihren Sinn auseinander. Vor allem herrschen divergierende Ansichten darüber, ob die Worte: „im Wege der Zwangsvollstreckung" zu „herausgeben" gehören, oder ob sie zu dem Ausdruck „zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers" gehören, sodass die Worte „zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung" dem Sinne nach zusammengehören. Wendt S. 382 entscheidet sich für die erstere Auffassung. Er erkennt zwar auch das Widersinnige der Worte: „im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben", indem er sagt: „Wenn der Erbe gibt, so braucht doch kein Zwang gegen ihn geübt werden, und umgekehrt, wenn Zwangsvollstreckungsmassregeln doch für erforderlich gehalten werden, so wird dem Erben ja genommen, und er braucht nicht noch zu geben". Wenn Wendt vom Verfasser richtig verstanden wird, will er in unserm Falle eine Zwangsvollstreckung nach den Regeln der §§ 883 ff. Z. P. O. Wendt steht mit dieser Meinung ziemlich vereinzelt da. Staudinger S. 143, mit dem eine grosse Anzahl dort genannter Schriftsteller übereinstimmt, ist der Ansicht, dass folgendes zusammengehört: „her-

ausgegeben zum Zweck der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung.“ Dies sei schon durch die Dazwischenstellung der Worte „nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung“ im § 1973, wo derselbe Ausdruck gebraucht ist, wie in § 1990, nahegelegt und es würde vor allem dadurch bestätigt, dass die gegenteilige Auffassung gar keinen Sinn gäbe. „Warum“, sagt Staudinger, „sollte der Gesetzgeber für einen bestimmten Fall der Herausgabe vorschreiben, dass sie nicht freiwillig sondern nur im Wege der Zwangsvollstreckung geschehen könne, und warum sollte er in zwei Paragraphen besonders bestimmen, dass eine Verbindlichkeit zur Herausgabe durch Zwangsvollstreckung realisiert werden kann, während dies doch ganz allgemein der Fall ist und sein muss“. Eine Zwangsvollstreckung nach den Regeln der §§ 883 ff. Z. P. O., wie sie Wendt anzunehmen scheint, kann nicht stattfinden, da der Gläubiger nicht ein auf Herausgabe von Sachen, sondern ein auf Zahlung lautendes Urteil vollstreckt.*)

Der Ausdruck „herausgeben“ kann hier gar nich's anderes bedeuten als das Geschehenlassen der Vollstreckung in die betreffenden Nachlassgegenstände. Wörtlich könnte hier der Ausdruck „herausgeben“ nur gebraucht sein, wenn die Vollstreckungsorgane auch ohne dass ihnen ein Vollstreckungstitel vorgelegt wird, tätig würden. Dann könnte mann sagen: Der Erbe gibt freiwillig den Nachlass an den Gläubiger heraus, dieser lässt die Nachlassgegenstände im Wege der Zwangsvollstreckung veräussern und erhält dann aus dem Erlös seine Befriedigung. In dieser Weise denkt sich Binder Seite 125 die praktische Anwendung des § 1990 Satz 2. Aber er sagt selbst: „Der Gläubiger mag die nötigen Vollstreckungsorgane damit beauftragen, den Verkauf

*) Weissler S. 333. Cf. auch Hachenburg S. 684.

nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu veranlassen — sofern sich diese in Ermanglung einer Zuständigkeitsnorm dazu bereiterklären". Die Inanspruchnahme von Vollstreckungsorganen ist aber nur auf Grund eines Vollstreckungstitels möglich, wie Binder S. 125, Anm. 72 selbst zugesteht. Der von ihm vorgeschlagene Weg ist also nicht gangbar. Der einzige Ausweg ist eben, „Herausgeben" gleich „Geschehenlassen der Zwangsvollstreckung" aufzufassen. Allerdings ergibt sich daraus die Notwendigkeit für den Gläubiger, einen Vollstrekkungstitel selbst dann zu erwirken, wenn er mit dem Erben über dessen Schuld und über die Grösse des Nachlasses einig ist*). Die Kosten des Vollstreckungstitels und der Vollstreckung mindern allerdings den Nachlass. Aber der Erbe kann dem Gläubiger zur Erlangung eines billigen Vollstreckungstitels behilflich sein, sofern beide Teile über die beiderseitigen Rechte und Pflichten einig sind. Dass der Erbe den Nachlass zwecks Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben hat, hat folgenden Grund**). Die Veräusserung im Wege der Zwangsvollstreckung stellt den Wert der herausgegebenen Nachlassgegenstände in einer für die Gläubiger verbindlichen Weise fest und befreit damit den Erben vor der Gefahr, mit jedem einzelnen Gläubiger über den Betrag dieses Wertes prozessieren zu müssen. Der Nachlass spart die Prozesskosten. Das Gesetz verbietet dem Erben die Herausgabe des Nachlasses an einen Gläubiger ohne Vollstrekkungstitel nicht***). Allein der Erbe riskiert, wenn er dies tut, dass ihn andere Gläubiger mit der Behauptung belangen, der zuerst Befriedigte habe mehr als den

*) Staudinger S. 144.

**) Jäger S. 7, Staudinger S. 144, 202.

***) Ebenso Bingner S. 599.

Betrag seiner Forderung erhalten, der Nachlass sei also nicht erschöpft. Beweispflichtig für die Höhe des Nachlasswertes wäre solchenfalls der Erbe, da es an ihm ist, seine Befreiung — das Recht, „die Befriedigung zu verweigern“ — darzutun. Besteht der Nachlass aus Bargeld, so ist auch die Herausgabe an einen Gläubiger ohne Vollstreckungstitel gefahrlos, es sei denn, dass bereits ein anderer Gläubiger den Vorrang gewonnen hätte.

Besteht der Nachlass nur aus Forderungen oder aus einer Forderung, so wird, wenn ihr aktueller Wert nicht derartig dem Nominalbetrag entspricht, dass der Erbe es riskiert, sie ohne weiteres abzutreten oder im Einverständnis mit dem Gläubiger durch Zahlung des Betrags abzulösen, eine Pfändung der Forderungen notwendig sein, analog wie bei anderen Nachlassgegenständen. Hat nun der Erbe z. B. auf Grund Ersatzanspruches für Aufwendungen ein dem Rechte des Gläubigers vorgehendes Recht auf einen Teil der Forderung, so meint Hachenburg S. 695, der Einzug der Forderung könne weder durch den Gläubiger noch durch den Erben geschehen, vielmehr sei die Vollstreckung unter Anordnung der Hinterlegung der geschuldeten Summe zu vollziehen. Demgegenüber sind jedoch Staudinger S. 145 und Weissler S. 344 folgender Ansicht. Lässt der Gläubiger eine Forderung pfänden und überweisen, so ist dem Drittschuldner aufzugeben, den vorweg zu kürzenden Betrag an den Erben, den Ueberschuss an den Gläubiger zu zahlen. Und in der Tat ist nicht einzusehen, warum man den Umweg, den Hachenburg geht, einschlagen soll.

Eine nicht auf Geld gerichtete Forderung eines Nachlassgläubigers ist nach ihrem Schätzungswerte geltend zu machen. Dieser Satz war im E. I. § 2134 ausdrücklich aufgestellt, analog dem § 69 K. O. Die II. Kommission strich diese Vorschrift als

selbstverständlich*). Ist jedoch der Gegenstand, auf welchen der Anspruch gerichtet ist, noch im Nachlass vorhanden, so kann der Gläubiger die Herausgabe in natura fordern, jedoch nur gegen Erstattung der von dem Erben auf den Nachlass gemachten Verwendungen und gegen Befreiung von Ansprüchen der ihm — dem fordernden Gläubiger — vorgehenden Gläubiger**).

Hat ein Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Erben gemäss § 1990 betrieben, so gebührt ein nach Befriedigung des Gläubigers und Deckung der Vollstreckungskosten verbleibender Ueberschuss dem Erben***). Auf das, was hienach an den Erben gelangt, haben weitere Gläubiger eventuell nach § 1990 Anspruch, und sie können deshalb geeignetenfalls Arrest oder einstweilige Verfügung erwirken†).

Es sei hier noch darauf hingewiesen, dass die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlassgegenstände nach § 1990 ff. von dem Erben durch Bezahlung des Wertes ausser im Falle des § 1992 nicht abgewendet werden kann. In dieser Beziehung weicht unser § erheblich von dem ihm ähnlichen § 1973 ab. Es ist aber selbstverständlich, dass, wenn der betreffende Gläubiger sich damit zufrieden gibt, der Erbe ihn auch aus seinem eigenen Barvermögen befriedigen kann. Der Erbe wird dann wohl diese Aufwendungen, soweit sie entsprechend waren, dem weiter andringenden Gläubiger nach §§ 1991 Abs. 1, 1978 in Rechnung setzen dürfen. Cf. darüber § 6 unten.

---

*) P. V., S. 774 und 801.

**) Planck S. 79, 80. Staudinger S. 146, 202.

***) Planck S. 111, 1 a. Staudinger S. 202, B 1.

†) Staudinger S. 111, Oetker S. 189.

§ 5.

Nachlassverbindlichkeiten.

§§ 1967—1969 B. G. B.

Dieser Terminus ist im Vorhergehenden schon gebraucht worden, und dies wird im Nachfolgenden noch mehr der Fall sein. Es dürfte deshalb eine Definition des Ausdruckes wohl am Platze sein.

Nachlassverbindlichkeiten*) im Sinne des B. G. B. sind diejenigen Verbindlichkeiten, für welche der Erbe als solcher, d. h. in seiner Eigenschaft als Erbe zu haften hat. Sie zerfallen in zwei Gruppen: die erste wird durch die vom Erblasser herrührenden Schulden gebildet. Das sind die in der Person des Erblassers bereits entstandenen und auf den Erben übergegangenen Verbindlichkeiten. Ausserdem gehören hieher noch diejenigen erst in der Person des Erben entstandenen Verbindlichkeiten, welche vermöge des Verpflichtungsgrundes, auf dem sie beruhen, derart vom Erblasser herrühren, dass sie als Verbindlichkeiten des Erblassers hätten entstehen müssen, wenn dieser nicht vor dem durch besondere Gründe hinausgeschobenen Eintritt des Verpflichtungseffekts gestorben wäre. Man denke z. B. an bedingte, befristete Verbindlichkeiten, an Haftung aus Bürgschaft etc. Als kurze Bezeichnung für alle Verbindlichkeiten dieser ersten Gruppe schlägt Strohal den Ausdruck „Erblasserschulden" vor. Die zweite Gruppe von Nachlassverbindlichkeiten sind solche, die einerseits Erblasserschulden nicht sind, hinsichtlich deren aber doch andererseits wieder zutrifft, dass der Erbe für sie nur als solcher haftet. Diese Gruppe will Endemann III S. 400 als „Erbfall-

*) Den Ausführungen in diesem § liegt die Darstellung Strohals § 70 zugrunde, mit dessen Ansichten die Jägers und Binders übereinstimmen.

schulden“ bezeichnet haben, welche Bezeichnung jedoch Strohal als „nicht für alle Fälle dieser Art zutreffend“ bezeichnet. Zu diesen Erbfallschulden gehören z. B. die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, aus den dem Erben vom Erblasser auferlegten Vermächtnissen und Auflagen u. s. w. Vergl. Genaueres bei Strohal a. a. O.

Den Gegensatz der Nachlassverbindlichkeiten bilden diejenigen Verbindlichkeiten, für welche der Erbe eben nicht in seiner Eigenschaft als Erbe, sondern aus anderem Grunde haftet. Das sind die Eigenverbindlichkeiten des Erben. Gläubigern solcher Eigenverbindlichkeiten des Erben wird der Nachlass durch Anordnung einer Nachlassverwaltung oder durch Eröffnung des Nachlasskonkurses als Haftungsobjekt entzogen.

Zwischenbildungen zwischen reinen Nachlassverbindlichkeiten und blossen Eigenverbindlichkeiten des Erben können vorkommen. Auch in dieser Beziehung sei auf Strohal a. a. O. verwiesen.

§ 6.

Umfang des herauszunehmenden Nachlasses.

Da im Falle des § 1990 den Gläubigern der Nachlass herauszugeben ist, so bedarf es der Feststellung, welches der Umfang des herauszugebenden Nachlasses ist.

I. Mit dem Erbfall tritt eine Konfusion der Rechte ein, indem durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder Recht und Belastung in der Person des Erben die betreffenden Rechts- und Schuldverhältnisse erlöschen. Diese Vereinigung zwischen Nachlass und übrigem Vermögen des Erben muss rückgängig gemacht werden, wenn die Trennung beider Vermögenskomplexe streng durchgeführt werden soll, wie bei Anordnung von Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs.

Das Gesetz bestimmt daher für letztere Fälle im § 1976, dass die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten, und zwar bedeutet diese Fassung, dass sie ex tunc als nicht erloschen gelten, d. h. die Vereinigung ist als mit Rückwirkung erloschen anzusehen.*) Eine analoge Bestimmung enthält auch § 1991 Abs. 2, aber nur mit relativer Wirksamkeit. Die Rechtsverhältnisse gelten nämlich in den Fällen des § 1990 nur im Verhältnis zwischen demjenigen Nachlassgläubiger, dessen Befriedigung in Frage steht, und dem Erben, aber nicht allseitig als nicht erloschen. So Strohal S. 300. Binder S. 205, Anm. 6 meint, diese Behauptung Strohals dürfte auf einem Irrtum beruhen. Die Rechtsverhältnisse würden nur deshalb gegenüber „dem Gläubiger“ als nicht erloschen gelten, weil die Gläubiger im Falle des § 1990 nicht als Gesamtheit, sondern als einzelne in Betracht kämen. Demgegenüber führt aber Strohal, S. 300, Anm. 3 a, dessen Ansicht sich der Verfasser anschliesst, aus, dass wohl ein Unterschied zwischen § 1976 und § 1991, Abs 2 bestehe. In ersterem Fall sei es möglich, dass ein Erbengläubiger während der Dauer der Nachlassverwaltung oder des Nachlasskonkurses in nach § 1976 als nicht erloschen zu behandelnde Ansprüche des Erben gegen den Nachlass Zwangsvollstreckung führt. In dem durch die Bestimmung des § 1991, Abs. 2 getroffenen Falle verhalte dies sich anders. Der Erbe könne hier zwar dem seine Befriedigung verlangenden Nachlassgläubiger einen im Verhältnis zu diesem als nicht erloschen zu behandelnden Anspruch gegen den Nachlass als Passivpost des Nachlasses in Rechnung stellen; aber von der Führung einer Zwangsvollstreckung in diesen Anspruch durch einen

*) Staudinger zu § 1976, S. 165.

Erbengläubiger könne keine Rede sein. Also, allen Nachlassgläubigern gegenüber, denen der Erbe die Haftungsbeschränkungseinrede nach § 1990 nicht entgegensetzt, und noch mehr allen anderen Personen gegenüber wird das Erloschensein der konfundierten Rechtsverhältnisse strikte aufrecht erhalten.

II. Auf die Verantwortlichkeit und den Ersatz der Aufwendungen des Erben finden die Vorschriften der §§ 1978, 1979 Anwendung, § 1991 Abs. 1. Jene beiden §§ sind ihrer Stellung im Gesetz nach für Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs erlassen und hier für die Unzulänglichkeitseinrede für anwendbar erklärt. Im einzelnen bedeutet dies:*)

1. die Verantwortlichkeit des Erben ist ihrem Masse nach verschieden, je nachdem von ihm vor oder nach Annahme der Erbschaft besorgte Geschäfte in Frage stehen. In allen Fällen aber ist er zur Rechenschaftsablage und Auskunftserteilung und daher zur Verzeichnisvorlage, Rechnungsstellung und Leistung des Offenbarungseides verpflichtet, §§ 666 ff., 681, 259, 260 B. G. B. Die Erbschaft angenommen hat der Erbe, wenn er dies ausdrücklich oder stillschweigend erklärt oder wenn die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist, ohne dass er die Ausschlagungserklärung abgegeben hat.

a) Für die vor Annahme der Erbschaft besorgten erbschaftlichen Geschäfte ist der Erbe wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag verantwortlich, vergl. §§ 677 ff., insb. § 681, Abs. 2, welcher die für das Auftragsverhältnis geltenden §§ 666—668 für entsprechend anwendbar erklärt. Die Besorgung erbschaftlicher Geschäfte wird z. B. gefunden werden in der Bestreitung der Kosten der Beerdigung des Erblassers, in der Befriedigung der Ansprüche der Dienstboten und Arbeiter des Erblassers, in der Vornahme notwendiger Repara-

*) Staudinger zu §§ 1978, 1959, ebenso Plank Bem. zu dies. §§.

turen etc. Ein Teil der §§ 677 ff. ist der Natur der Sache nach für unsern Fall nicht anwendbar, so die §§ 678—680, 681, Satz 1, 686, 687. Da übrigens eine Pflicht des Erben nicht besteht, sich vor der Annahme der Erbschaft um dieselbe zu kümmern, so ist er den Nachlassgläubigern nicht verantwortlich, wenn er sich zu jener Zeit des Nachlasses in keiner Weise angenommen hat. Doch haftet er natürlich auf Herausgabe seiner Bereicherung dann, wenn er entgegen § 778 Abs. 2 Z. P. O. wegen einer eigenen persönlichen Verbindlichkeit eine Zwangsvollstreckung in den Nachlass vor Annahme der Erbschaft geduldet hat.

b) Für die Verwaltung des Nachlasses nach Annahme der Erbschaft ist der Erbe verantwortlich, wie wenn er sie als Beauftragter zu führen gehabt hätte. Verwaltung fällt nicht zusammen mit Erhaltung. Die Motive V, S. 627 ff. sagen: „Die Verwaltung umfasst die gesamte tatsächliche und rechtliche Verfügung über das verwaltete Gut, schliesst also auch Veräusserungen, zu welchen der Verwalter befugt ist, nicht aus. Die nach Abs. 1 Satz 1 des § 1978 anwendbaren Vorschriften über den Auftrag sind nicht ausnahmslos auf unsern Fall übertragbar. Zur Anwendung ungeeignet sind abgesehen von den §§ 663, 671 ff. jedenfalls § 664, Abs. 1, Satz 1, Abs. 2, die §§ 665, 669. Anwendbar sind dagegen insbesondere die §§ 664 Abs. 1, Satz 2 und 3; 666—668 sind im Falle des § 1990 dem Nachlassgläubiger gegenüber anwendbar. § 674 ist nicht anwendbar. Der Erbe hat die Erbschaft mit allen vorhandenen Nutzungen herauszugeben und für die verbrauchten Ersatz zu leisten. Surrogate von Erbschaftsgegenständen sind jedenfalls insoweit herauszugeben, als sie aus dem Nachlass heraus gewonnen sind, z. B. der Gewinn auf ein im Nachlass befindliches Loos, während bei rechtsgeschäftlichem Erwerb des Erben, sei es auch

mit den Mitteln des Nachlasses, dessen Willensrichtung entscheidet. Planck, Anm. 2 b zu § 1978, sagt, Geld aus dem Nachlasse, das der Erbe im eigenen Interesse verwendet habe, sei von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen. Demgegenüber bemerkt Eccius a. a. O., S. 637, dass dies in seiner Allgemeinheit nicht richtig sei. „Der Beauftragte", fährt Eccius fort, „auf dessen Rechtsstellung gegenüber dem Auftraggeber diese Annahme beruht, ist allerdings nach § 668 mit Zinsen belastet, wenn er für sich verwendetes Geld an den Auftraggeber herausgeben oder für ihn verwenden muss. Der Erbe aber hat vor eingetretener pflegschaftlicher Verwaltung" — in unserm Fall vor Geltendmachung der Unzulänglichkeitseinrede — „das Nachlassgeld nie an einen Andern herauszugeben, und er hat es im Interesse der Gläubiger nur zu verwenden, wenn und soweit Nachlassverbindlichkeiten, die in Geld zahlbar sind, zur Zeit der anderen Verwendung fällig und ihm als solche bekannt waren. Nur insofern er dieser Verwendungspflicht sich entzogen hat, wird also der Erbe als zinspflichtig angesehen werden können, keineswegs aber schlechthin von der Zeit der Verwendung für sich selbst" *).

Zur Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten ist der Erbe insoweit verpflichtet, als deren Bestand und Fälligkeit zweifellos ist und die Nichtzahlung der betreffenden Schuld mit Nachteilen für den Nachlass, z. B. Verfall höherer Zinsen, verbunden ist.

Der Erbe muss auch von den Einreden aus den §§ 2014, 2015, soweit sie im zustehen, Gebrauch machen **), sowie von dem durch § 783 Z. P. O. ihm gewährten Rechte seinen persönlichen Gläubigern gegenüber.

Vom Willen des Erben hängt es allein ab, ob er

*) Ebenso Staudinger S. 170, 171.

**) Wilke, S. 13, Planck Bem. 2 b zu § 1978.

Erbschaften oder Vermächtnisse, welche zum Nachlass gehören, annehmen oder ausschlagen will, und es haben die Gläubiger dem Erben gegenüber ebensowenig ein Recht auf die Annahme einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, als dem Erblasser gegenüber *).

2. Der Verantwortlichkeit des Erben entspricht seine Berechtigung zur Forderung des Ersatzes von Aufwendungen. Abs. 3 des § 1978 bestimmt, dass diese aus dem Nachlass insoweit zu ersetzen sind, als der Erbe nach den Vorschriften über den Auftrag oder über die Geschäftsführung ohne Auftrag Ersatz verlangen könnte.

Nach § 670 ist, wenn der Beauftragte, (hier also der Erbe nach der Annahme der Erbschaft), zum Zweck der Ausführung des Auftrags, (hier also zum Zweck der Verwaltung des Nachlasses), Aufwendungen macht, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, der Auftraggeber, (hier also der einzelne Gläubiger, dem die Einrede aus den §§ 1990 ff. entgegengesetzt wird), zum Ersatz verpflichtet, natürlich nur soweit, als der Nachlass selbst reicht.

Nach § 683 kann der Geschäftsführer (hier also der Erbe vor der Annahme) wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, wenn die Übernahme der Geschäftsführung (hier also die Besorgung der erbschaftlichen Geschäfte) dem Interesse und dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn (hier der Gläubiger) entspricht. Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so ist der Geschäftsherr nach § 684 verpflichtet, dem Geschäftsführer Alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Im Falle der Genehmigung der Geschäftsführung seitens des Geschäftsherrn steht

*) P. V., S. 766.

dem Geschäftsführer der im § 683 bestimmte Anspruch zu. Nach § 685 steht dem Geschäftsführer ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen. Auch diese Vorschrift ist auf den Erben anwendbar, nämlich dann, wenn er seine Aufwendungen, z. B. für Bestattung des Erblassers, aus eigenen Mitteln zu bestreiten gewillt war.

In Betracht kommen auch noch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 256, 257, 273 B. G. B. Ersterer betrifft die Zinspflicht des zum Ersatz der Aufwendungen Verpflichteten, während § 257 den Fall der etwa notwendigen Befreiung des Ersatzberechtigten von Obligationen behandelt und § 273 das Zurückbehaltungsrecht regelt. Im Nachlasskonkurse steht gemäss § 223 K. O. dem Erben wegen der ihm nach §§ 1978, 1979 B. G. B. aus dem Nachlass zu ersetzenden Aufwendungen ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu. Dafür sind aber diese Ersatzansprüche gemäss § 224, Nr. 1 K. O. als Masseschulden zu erachten. Ob ein Zurückbehaltungsrecht dem Erben bei der Nachlassverwaltung und im Falle des § 1990 zusteht oder nicht, ist strittig. Was die Beantwortung der Frage bezüglich der Nachlassverwaltung betrifft, so dürfte es zu weit führen, hier näher darauf einzugehen. Bezüglich der Frage im Falle der §§ 1990—1992 hält Planck, Bem. zu § 1991, 1 c ein Zurückbehaltungsrecht für gegeben. Er geht anscheinend davon aus, dass das Gesetz eine dem § 223 K. O. analoge Bestimmung hier nicht hat, dass infolgedessen das Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeschlossen sei, und deshalb geltend gemacht werden könne. Entgegen dieser Ansicht sind für das Nichtgegebensein eines Zurückbehaltungsrechts in unserm Fall Staudinger S. 205, Strohal S. 305, Note 13, Binder S. 207, Anm. 14. Sie sagen, die von Planck vertretene Ansicht führe zu praktisch unerträglichen

Konsequenzen*); § 223 K. O. sei analog anwendbar.

Wurde der Erbe nicht schon zur Zug um Zug-Leistung verurteilt, so kann natürlich gegenüber der vom Gläubiger geführten Zwangsvollstreckung von einem Zurückbehaltungsrecht desjenigen, gegen den sich die Zwangsvollstreckung richtet, überhaupt nicht mehr die Rede sein. Die Frage ist im ganzen nicht allzu bedeutungsvoll. Denn da der Erbe in Bezug auf die sich meldenden Gläubiger keine bestimmte Reihenfolge einzuhalten hat, so kann er sich aus dem Nachlass vorweg befriedigen, und wenn ein anderer Nachlassgläubiger den Nachlass im Wege der Zwangsvollstreckung zu Geld macht, so hat der Erbe Anspruch darauf, zunächst befriedigt zu werden, und erst, was überbleibt, gebührt dem Gläubiger. Ein Nachteil wird sonach dem Erben bei Nichtbestehen des Zurückbehaltungsrechtes gar nicht erwachsen, dagegen könnte das Bestehen eines solchen unter Umständen für die Nachlassgläubiger nachteilig sein. Der Verfasser schliesst sich deshalb der Ansicht Strohals an.

3. Das Subjekt**) der Ansprüche und Verpflichtungen aus § 1978 dem Erben gegenüber ist die Gesamtheit der Gläubiger. Abs. 2 des § 1978 bestimmt aber, dass die nach Abs. 1 den Nachlassgläubigern zustehenden Ansprüche als zum Nachlass gehörend gelten. Dies ist geschehen, damit bei den beiden regelmässigen Haftungsbeschränkungsverfahren die Geltendmachung seitens des Verwalters erfolgen kann und muss. Ebenso sind nach Abs. 3 die Aufwendungen des Erben aus dem Nachlass zu ersetzen.

Dass in den Fällen der §§ 1990 und 1992 die Rechte und Pflichten aus § 1978 vom einzelnen Gläubiger und ihm gegenüber geltend zu machen sind,

*) Strohal S. 318, Anm. 2.

**) Staudinger S. 172, Bem. 4.

ergibt sich aus der hier fehlenden Verwaltung des Nachlasses durch ein besonderes Organ von selbst.

Eine wichtige Folge des Abs. 2 des § 1978 ist die, dass die Ansprüche der Gläubiger und des Erben aus § 1978 bei Prüfung der Frage, ob eine Überschuldung des Nachlasses vorliegt und ob eine die Kosten deckende Masse vorhanden ist, zu berücksichtigen sind.

Es sei noch erwähnt, dass der Erbe, soweit ein gesetzlicher Vertreter in Frage kommt, für dessen Verschulden im Hinblick auf § 278 haftbar ist, insbesondere also für Verschulden eines nach § 1960, 1961 bestellten Nachlasspflegers oder eines Testamentvollstreckers.

4. Wendt S. 384 hält es für notwendig, „diese Vorschrift (1978 und 1979 in ihrer Anwendung bei den §§ 1990, 1992) schlechterdings auf das vor der Klagerhebung des Gläubigers Vorgenommene zu erstrecken." Staudinger S. 204, 3 a, Planck Bem. 1 b zu § 1991 dagegen halten den Zeitpunkt der Nachlassherausgabe für entscheidend.

5. Zu den Aufwendungen des Erben gemäss § 1978 gehört natürlich auch die Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten. Diese Vorschrift wird noch modifiziert und ergänzt durch diejenige des § 1979, nach welcher die Nachlassgläubiger die Berichtigung einer Nachlassverbindlichkeit durch den Erben als für Rechnung des Nachlasses erfolgt gelten lassen müssen, wenn der Erbe den Umständen nach annehmen durfte, dass der Nachlass zur Berichtigung aller Nachlassverbindlichkeiten ausreiche.

Wenn § 1979 zutrifft*), so ist der Erbe gemäss § 1978 nicht verantwortlich, andererseits ist er nach § 1978 Abs. 3 ersatzforderungsberechtigt, gleichviel ob die Berichtigung der Verbindlichkeit vor

*) Staudinger, Bem. zu § 1979.

oder nach Annahme der Erbschaft erfolgte. Selbstverständlich darf er immer nur die wirkliche Aufwendung ersetzt verlangen, nicht den Nominalbetrag der berichtigten Forderung. Nach Binders Ansicht*) hat § 1979 nur die Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten aus dem nicht zum Nachlass gehörenden Vermögen des Erben im Auge; befriedige der Erbe dagegen Nachlassgläubiger aus dem Nachlass, so sei seine Stellung zwar auch keine andere, dies ergebe sich aber aus § 1980. Dass diese Auffassung nicht möglich ist, ergibt sich, ganz abgesehen von anderen Gründen, schon aus der Nichterwähnung des § 1980 im § 1991 Abs. 1. Denn wenn, wie unten zu betrachten ist, diese Nichterwähnung an sich schon eine Lücke im Gesetz darstellt, so ist doch nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine so grosse Lücke, wie sie bei der genannten Auffassung Binders eintreten würde, übersehen hätte. Gegen Binders Auffassung hat sich auch Strohal S. 266 Anm. 18 a und Staudinger S. 173 erklärt,

Welche Bedeutung die Zitierung des § 1979 in § 1991, Abs. 1 hat, darüber besteht Streit. Besonders Planck und Binder haben ihre entgegengesetzten Ansichten in längeren Ausführungen begründet**). Der Verfasser ist der Ansicht, dass beider Meinungen nebeneinander bestehen können. Er fasst die Sache folgendermassen auf: § 1979 findet in unserm Fall hauptsächlich, nicht ausschliesslich, wie Binder meint, dann Anwendung, wenn der Nachlass erst nach dem Erbfall dürftig wurde, ohne dass der Nachlass durch realisierbare Ansprüche der Dürftigkeit wieder enthoben werden kann. § 1991 Abs. 1 stellt den Umfang der Haftung nach § 1990 fest***); er setzt nicht voraus, dass § 1990 schon

*) A. a. O. S. 140 ff.

**) Binder S. 205, 206 und daselbst insbes. Anm. 9, Planck S. 112.

***) Cf. Binder a. a. O.

angewendet ist. Er bedeutet also: Verlangt ein Gläubiger Befriedigung aus dem dürftigen Nachlasse, so ist der Erbe nicht schlechthin berechtigt, den Gläubiger auf die wenigen vorhandenen Erbschaftssachen zu verweisen, sondern er haftet ihm dafür, dass er unter Verletzung seiner Pflicht nach § 1979, der Anwendung fand, als der Nachlass noch nicht dürftig war, den Nachlass dürftig gemacht hat. Der Erbe hat auch keinen Ersatzanspruch gegen den Nachlass, wenn er aus seinem Vermögen eine Nachlassverbindlichkeit berichtigt hat, obwohl er nach den Umständen nicht berechtigt war, anzunehmen, dass der Nachlass zur Berichtigung aller Nachlassvorbindlichkeiten ausreiche. Da indessen § 1990 auf dem Gedanken der Prävention des einzelnen Gläubigers beruht, so muss die Anwendung des § 1979 auf unsern Fall dann ausgeschlossen sein wenn die Berichtigung der Nachlassverbindlichkeit durch den Erben die Dürftigkeit des Nachlasses nicht erst hervorgerufen hat*). Es handelt sich also in den erwähnten Fällen um Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten, die sich vollzieht, ehe die Dürftigkeit des Nachlasses vorhanden ist. Denn dass der Erbe, sobald die Dürftigkeit einmal vorhanden ist, Nachlassverbindlichkeiten — wenn die betreffenden Gläubiger zufrieden damit sind und sie werden dies meist sein, wenn sie voll befriedigt werden — auch auf andere Weise als durch Herausgabe des Nachlasses berichtigen kann und diese Aufwendungen dem weiter andringenden Gläubiger in Rechnung stellen darf, ergibt sich schon aus § 1978. Das Risiko des Erben ist in diesem Fall nur grösser, als wenn er dem ersten Gläubiger den Nachlass einfach herausgibt. Nur in folgenden Fällen kommt § 1979 bei schon vorhandener Dürftigkeit zur Anwendung. Der Erbe macht sich nämlich dem Gläubiger gegenüber im Falle vorliegender Dürftigkeit des

*) Binder S. 205, 3.

Nachlasses nach § 1979 verantwortlich, wenn er in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis von der Unzureichendheit des Nachlasses zurückgesetzte Forderungen (§ 1991 Abs. 4) voll befriedigt, und er kann in solchem Falle Aufwendungen, die er aus seinem Vermögen gemacht hat, nicht vom Nachlass ersetzt verlangen; und wenn die Befriedigung eines solchen zurückgesetzten Gläubigers aus dem Nachlass erfolgte, so ist der Erbe ersatzpflichtig. Wenn er aber auf Zureichendheit des Nachlasses vertrauen durfte und erfüllt solche Verbindlichkeiten aus seinem Vermögen, so ist er dem Nachlass gegenüber ersatzberechtigt, erfüllt er sie aus dem Nachlass, so braucht er keinen Ersatz zu leisten, wenn sich auch hinterher herausstellt, dass der Nachlass doch nicht ausreicht*). In gleicher Weise dürfte auch der Fall zu betrachten sein, wenn der Erbe in der nicht schuldhaften Unkenntnis von der Unzureichendheit des Nachlasses Gläubiger, die kein Urteil in Händen haben, vor solchen, die schon die rechtskräftige Verurteilung des Erben erzielt haben, befriedigt.

6. § 1991 Abs. 1 beruft nur die §§ 1978, 1979 und nicht auch den § 1980, nach welchem der Erbe den Nachlassgläubigern gegenüber verpflichtet ist, sobald er von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt, unverzüglich die Eröffnung des Nachlasskonkurses zu beantragen, widrigenfalls er den Gläubigern für den daraus entstandenen Schaden haftet. Bei der Bemessung der Zulänglichkeit des Nachlasses bleiben die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen ausser Betracht, § 1980, Abs. 1. Der Kenntnis der Überschuldung steht die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleich. Als Fahrlässigkeit gilt es insbesondere, wenn der Erbe das Aufgebot der Nachlassgläubiger nicht beantragt, obwohl er Grund hat, das Vorhandensein unbekannter

*) Cf. Planck S. 112.

Nachlassverbindlichkeiten anzunehmen; das Aufgebot ist nicht erforderlich, wenn die Kosten des Verfahrens dem Bestande des Nachlasses gegenüber unverhältnismässig gross sind, § 1980, Abs. 2. In dem der Vorschrift des § 1991 entsprechenden § 1966 der Reichstagsvorlage war der jetzige § 1980 ausdrücklich mitberufen. Auf Veranlassung der Reichstagskommission (Bericht S. 12) wurde jedoch die Berufung deshalb gestrichen, weil von einer Anwendung des (jetzigen) § 1980 im Falle des (jetzigen) § 1990 „keine Rede sein könne". Allein dies ist nicht richtig. Es ist vielmehr sehr wohl möglich, dass der Nachlassbestand zur gegenwärtigen Dürftigkeit dadurch herabgedrückt worden ist, dass der Erbe schuldbarer Weise die rechtzeitige Ermittlung unbekannter Nachlassverbindlichkeiten und die Stellung des Antrags auf Konkurseröffnung versäumt hat und sorglos mit der Befriedigung der ihm bekannten Nachlassgläubiger vorgegangen ist. Alsdann gehört freilich der Ersatzanspruch gegen den Erben zur Masse. Wenn aber der Erbe tatsächlich nicht imstande ist, dem Ersatzanspruch in voller Höhe zu genügen, so kann es trotzdem dahin kommen, dass der Konkurs über den Nachlass wegen mangelnder Masse nicht eröffnet werden kann. Soll dann der Erbe für den von ihm angerichteten Schaden dem einzelnen Gläubiger nicht wenigstens soweit aufkommen müssen, als er zahlen kann? Planck S. 112 antwortet: „Da § 1980 unmittelbar nur für den Fall des Nachlasskonkurses gilt und im § 1991 Abs. 1 nicht mit angezogen wird, so dürfte die Frage zu verneinen sein, wenn man sich nicht trotz der Streichung des Zitats dazu entschliessen will, die Anwendung des § 1980 auch in den Fällen der §§ 1990, 1991 als im Sinne dieser Vorschriften liegend anzusehen". Für die Bejahung der Frage spricht sich Strohal S 301, Anm. 5 aus, mit der Begründung, § 1980 enthalte nur eine Fol-

gerung aus dem im § 1978 ausgesprochenen und im Falle der §§ 1990, 1991 zur Geltung zu bringenden Grundgedanken. Ihm schliesst sich Binder S. 207, Anm. 12 an, während Staudinger, Bem. zu § 1980, 1 f. sich auf den straff entgegengesetzten Standpunkt stellt, allerdings ohne überzeugende Begründung.

§ 7.

Reihenfolge der Befriedigung der Nachlassgläubiger*).

Im Allgemeinen entscheidet hinsichtlich der Reihenfolge bei Befriedigung einer Mehrheit von Gläubigern gemäss den §§ 1990—1992 die Prävention, indem abgesehen von den nachbezeichneten Ausnahmen der Erbe eine Rangordnung und insbesondere die für den Konkurs geltende Reihenfolge nicht zu beobachten hat. Wer zuerst von den Gläubigern gegen den Erben mit Zwangsvollstreckung vorgehen kann, hat den Vorrang vor den übrigen. Fischer-Henle, mit dessen Ansicht noch einige andere Schriftsteller übereinstimmen, sagt zwar in Note 1 zu § 1991 unter anderem: „Die Gläubiger sind nach der Reihenfolge ihrer Anmeldung ohne Rücksicht auf das Vorhandensein weiterer noch nicht angemeldeter Forderungen gemäss § 1965 zu befriedigen. Werden mehrere Forderungen gleichzeitig und ehe eine von ihnen befriedigt ist, geltend gemacht, so hat der Erbe an die Gläubiger gemeinschaftlich zu leisten". Diese Ansicht Fischer-Henle's findet jedoch keinen Anhalt im Gesetz. Die herrschende Meinung stimmt ihm nicht zu**). Einen Vorrang hat also derjenige, der zuerst vollstreckt. Auf die Zeit der

*) Staudinger S. 206 Nr. 4.

**) Cf. ausser Staudinger a. a. O. noch Planck Bem. 1 e zu § 1991, Strohal § 81 Nr. IV, 2 und bes. S. 307, Note 14, Binder S. 208.

Anmeldung und Klageerhebung kommt es nicht an. Dem Vollstreckenden gegenüber kann nicht das Vorhandensein anderer, sei es auch bereits angemeldeter oder eingeklagter Nachlassverbindlichkeiten geltend gemacht werden.

Diese Regeln erleiden aber mehrfache Ausnahmen:

a) Die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines Gläubigers wirkt einem andern Gläubiger gegenüber wie die Befriedigung, § 1991, Abs. 3. Derjenige Gläubiger also, welcher bereits die rechtskräftige Verurteilung des Erben zur Befriedigung erlangt hat, geht den anderen Gläubigern vor *). Der Erbe ist sonach jenem Gläubiger gegenüber verpflichtet, die Befriedigung eines anderen Gläubigers insoweit zu unterlassen bezw. nicht zuzulassen, als hierdurch die Befriedigung des zuerst genannten Gläubigers beeinträchtigt würde. Dies gilt selbst dann, wenn nach demjenigen Nachlassgläubiger, welcher die rechtskräftige Verurteilung des Erben zuerst erwirkt hatte, auch ein weiterer Gläubiger eine solche Verurteilung erwirkt. Die von dem zweiten Gläubiger angestrebte Befriedigung hat der Erbe also nur in der Weise zuzulassen, dass das Befriedigungsrecht des infolge der von ihm zuerst erwirkten rechtskräftigen Verurteilung bevorrechteten ersten Gläubigers gewahrt bleibt. Im vorigen § hat der Verfasser indes schon erwähnt, dass nach seiner Ansicht der Erbe, falls er auf die Zulänglichkeit des Nachlasses vertrauen darf, auch einen nicht mit Urteil ausgestatteten Gläubiger vor einem solchen befriedigen kann, §§ 1991, Abs. 1, 1979.

Besonderes gilt rücksichtlich einer gegen den Nachlass sich richtenden Forderung des Erben selbst. Dass der Erbe gegen sich selbst klage und ein rechtskräftiges Urteil erstreite, ist als ausgeschlossen zu betrachten. Aus diesem Grunde kann daher auch eine von einem

*) Cf. Strohal S. 308 ff.

anderen Nachlassgläubiger erwirkte rechtskräftige Verurteilung des Erben nicht ein Vorrecht dieses Gläubigers gegenüber dem Erben begründen und wird der Erbe somit ungeachtet solcher Verurteilung noch in der Lage sein, dem Gläubiger im Stadium der Zwangsvollstreckung seine eigene Forderung gegen den Nachlass als Passivpost in Rechnung zu stellen. Die Befriedigung einer Nachlassverbindlichkeit, die zu den im § 1991, Abs. 4 genannten Verbindlichkeiten gehört, darf der Erbe zum Nachteil der übrigen Nachlassgläubiger weder bewirken noch zulassen, selbst dann nicht, wenn der Gläubiger jener Verbindlichkeit bereits die rechtskräftige Verurteilung des Erben durchgesetzt hat.

b) Die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen hat der Erbe so zu berichtigen, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung kommen würden, (§ 1991, Abs. 4), d. h. soweit es sich um solche Verbindlichkeiten handelt, hat der Erbe den betreffenden Gläubigern gegenüber das Recht (und vom Zeitpunkt des Wegfalls der Voraussetzung des § 1979 an auch die Pflicht), ihre Befriedigung insoweit und insolange zu verweigern, als andere Nachlassverbindlichkeiten vorhanden sind, mögen sie auch noch gar nicht eingeklagt oder angemeldet sein, wenn sie nur dem Erben bekannt sind*). Der Ansicht Weisslers S. 329, Note 2 und Hachenburgs S. 688, dass der Erbe auf Klage eines im § 1991, Abs. 4 bezeichneten Gläubigers immer das Recht habe, den Nachlass herauszugeben, kann nicht beigestimmt werden, weil in diesem Falle der ganze Abs. 4 des § 1991 wertlos wäre. Vielmehr muss man mit den in der Anmerkung genannten Schriftstellern annehmen, dass dem andringenden Vermächtnisnehmer etc. der Einwand, die anderan Gläubiger seien noch nicht befriedigt, entgegengestellt werden kann.

*) Cf. Staudinger S. 206, Eccius S. 619, Jäger S. 9, Binder a. a. O. N. 18.

Darüber, ob jene anderen Verbindlichkeiten wirklich in dem vom Erben behaupteten Masse und Betrage bestehen, kann im Prozesse mit den im § 1991, Abs. 4 bezeichneten Gläubigern gestritten werden, und es muss eventuell der Erbe beweisen, dass nach Berichtigung der übrigen ihm bekannten Nachlassverbindlichkeiten für die bezeichneten Ansprüche nichts mehr übrig bleibt.

Die Rangordnung, welche für die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen gilt, bestimmt sich aus den §§ 226, 227 K. O., weil sie nur so zu berichtigen sind, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung kommen würden. Darnach gehen den bezeichneten Verbindlichkeiten im Range vor: alle übrigen Nachlassverbindlichkeiten, ferner die Zinsen aus den entsprechenden Schuldbeträgen, die gegen den Erblasser erkannten Geldstrafen, die Verbindlichkeiten aus einer Freigebigkeit des Erblassers unter Lebenden, sowie je die Zinsen aus den betreffenden Beträgen, sodann die Verbindlichkeiten, in Ansehung deren der Gläubiger im Wege des Aufgebots-Verfahrens ausgeschlossen ist oder nach § 1974 einem ausgeschlossenen Gläubiger gleichsteht, nebst den Zinsen aus derartigen Schuldbeträgen, sofern es sich nämlich bei diesen ausgeschlossenen Verbindlichkeiten nicht um solche aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen handelt. Was letztere Verbindlichkeiten und deren Rang unter einander betrifft, so gehen ausgeschlossene Verbindlichkeiten dieser Art den nicht ausgeschlossenen nur insoweit im Range nach, als sie ohne den Ausschluss und die dadurch bewirkte Beschränkung gleichen Rang mit denselben und nicht etwa besseren Rang gehabt hätten. Im übrigen gehen die Verbindlichkeiten gegenüber Pflichtteilsberechtigten und die Zinsen aus den betreffenden Sehuldbeträgen regelmässig den Verbindlichkeiten aus den vom Erblasser angeordneten Vermächtnissen und Auflagen,

welche unter sich gleichen Rang haben, und den zugehörigen Zinsschulden im Range vor. Von dieser Regel gibt es gemäss § 226, Abs. 3 K. O. nur zwei Ausnahmen: erstens steht ein Vermächtnis, durch welches das Recht des Bedachten auf den Pflichtteil nach § 2307 ausgeschlossen wird, soweit es den Pflichtteil nicht übersteigt, im Range den Pfichtteilsrechten gleich, und sodann hat, wenn der Erblasser nach § 2189 durch Verfügung von Todes wegen angeordnet hat, dass ein Vermächtnis oder eine Auflage vor einem anderen Vermächtnis oder einer anderen Auflage erfüllt werden soll, das betreffende Vermächtnis oder die Auflage den Vorrang. Ausgeschlossene Pflichtteilsrechte gehen den nicht ausgeschlossen Vermächtnissen und Auflagen vor, rangieren aber hinter nicht ausgeschlossenen Pflichtteilsansprüchen; nicht ausgeschlossene Vermächtnisse und Auflagen haben Rang vor den ausgeschlossenen Vermächtnissen und Auflagen. Insoweit hienach Verbindlichkeiten der gedachten Art gleichen Rang nach § 226 K. O. haben, sind sie nach derselben Vorschrift nach Verhältnis ihrer Beträge zu berichtigen. Der Erbe kann und muss also, sobald die Voraussetzung des § 1979 weggefallen ist, hinsichtlich mehrerer im Konkursfall gleichrangiger Verbindlichkeiten, gleichviel, ob bereits alle btreffenden Gläubiger ihre Forderung geltend gemacht oder geklagt oder Urteil erwirkt haben oder nur einer oder einzelne derselben dies getan haben, die Herausgabe des Nachlasses zum Zweck der Befriedigung mit der Einschränkung betätigen, dass die gleichrangigen Gläubiger nur im Verhältnis ihrer Forderungsbeträge Befriedigung erlangen können und dürfen. Insoweit entscheidet also nicht die Prävention. Der Erbe wird somit am besten veranlassen, dass die Herausgabe an alle beteiligten gleichrangigen Gläubiger gemeinsam erfolgen kann.

Andernfalls wäre der auf einen Gläubiger, der noch

nicht vorgegangen ist, entfallende Betrag von dem Vollstreckungsbeamten an den Erben einstweilen herauszugeben, bis dieser vom betreffenden Gläubiger belangt wird. Dass der Erbe im Falle des § 1991, Abs. 4 selbst persönlich den Nachlass in Geld umsetzen müsste und dies nicht im Vollstreckungswege nach § 1990 tun könnte, wie Jäger S. 7, Anm. 13 annimmt, dürfte wohl nicht dem Gesetze entsprechen.

Soweit ein Gläubiger, demgegenüber der Erbe die beschränkte Haftung nach § 1990 geltend macht, infolgedessen unbefriedigt bleibt, steht ihm gegenüber einem ausserhalb der konkursmässigen Rangordnung befriedigten Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer, Auflagenempfänger das Anfechtungsrecht nach § 3 a Anf. G. zu.

c) Keine besondere Bestimmung enthält § 1991 über die Behandlung, welche ausgeschlossene oder solchen gleichgestellte Nachlassgläubiger im Verhältnis zu anderen Nachlassgläubigern zu finden haben. Wie dieses Verhältnis bei zurückgesetzten Forderungen (§ 1991, Abs. 4) sich gestaltet, ist unter b ausgeführt. Strohal meint S. 306 auch bezüglich der nicht unter diese Gruppe fallenden Verbindlichkeiten, dass der Erbe gegenüber allen durch Ausschlusswirkung nicht betroffenen Gläubigern verpflichtet sei, ausgeschlossene (§ 1973) oder diesen gleichgestellte (§ 1974) Gläubiger nur nach Massgabe der §§ 1973, 1974 zu befriedigen. Im Gegensatz dazu ist der Verfasser der Ansicht, dass der Erbe wohl das Recht, nicht aber die Pflicht zu solchem Vorgehen habe. Im § 1973 heisst es: „Der Erbe kann die Befriedigung etc. insoweit verweigern; er muss es nicht. Dies gilt allgemein, auch wenn die Voraussetzungen der §§ 1990 ff. nicht vorliegen, Die nicht ausgeschlossenen Gläubiger haben kein Recht auf Nichtberücksichtigung der nicht angemeldeten und deshalb ausgeschlossenen. Sie haben nur das Hülfsmittel,

den Nachlasskonkurs mit Rücksicht auf § 221 und § 226 Abs. 4 K. O. zu beantragen*). Nachdem dieses Hülfsmittel in unserm Fall versagt, könnte man nur de lege ferenda eine Bestimmung, wie sie Strohal schon für gegeben hält, näher in Erwägung ziehen.

§ 8.

Einige andere Gesetzesstellen in ihrer Anwendung auf die §§ 1990 ff.

1. Die Einrede der Unzulänglichkeit schliesst das Recht des Nachlassgläubigers nicht aus, gegen eine noch vorhandene Nachlassforderung aufzurechnen. Darüber sind die Schriftsteller, die sich mit dieser Frage beschäftigen, einig. Nur die Begründung ist verschieden, mit der sie an der Klippe des § 390 B. G. B. vorbeigleiten, wonach mit einer Forderung, der einer Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann. Planck S. 114, Nr. 3 sagt, der Nachlassgläubiger habe in dem, was er schulde, gewissermassen eine dingliche Sicherheit und könne nicht schlechter gestellt sein als im Nachlasskonkurs, in welchem ihm nach K. O. §§ 53 ff. die Aufrechnung gestattet sei. Der Zweck des § 1990 sei nur, den Erben zu schützen, und aus dem E. I. ginge auch die obige Regel hervor. Binder S. 209 begründet die Zulässigkeit der Aufrechnung damit, dass die dem Erben nach § 1990 erwachsende Einrede solange nicht bestehe, als zur Befriedigung des Gläubigers geeignete Nachlasswerte vorhanden seien. Dass aber diese Erwägung nicht durchschlagend ist, zeigt Strohal S. 310, Note 18 an einem Beispiel. Staudinger S. 208, III meint, die Unzulänglichkeitseinrede stehe nicht der Forderung

*) Cf. Entsch. d. O. L. G. Stettin in Rspr. der O. L. G. Bd. 5, S. 230; Staudinger S. 142, Nr. e.

selbst, sondern nur der Haftbarmachung des Erben für dieselbe entgegen.

Eine vom Nachlassgläubiger gegen eine nicht zum Nachlass gehörende Forderung des Erben erklärte Aufrechnung kann dieser, sofern sie ohne seine Zustimmung erfolgt, unter Berufung auf § 1990 als unwirksam behandeln. Andernfalls würde der Erbe in seinem Recht zur Durchsetzung der Haftungsbeschränkung nach den §§ 1990, 1991 beeinträchtigt werden*).

Auch der Einwand des nicht erfüllten Vertrags, § 322 B. G. B., wird für den Nachlassgläubiger, demgegenüber der Erbe den Einwand aus den §§ 1990, 1991 hat, hiedurch nicht ausgeschlossen**).

2. Auch nach vorgängiger Nachlassverwaltung oder Beendigung des Nachlasskonkurses durch Gantverzicht kann es bei Gegebensein der Voraussetzungen des § 1990 zu dessen Anwendung kommen***).

3. Inwieweit die Rückforderung von Zahlungen zulässig ist, welche ein Erbe Nachlassgläubigern gegenüber aus Irrtum über die Zulänglichkeit des Nachlasses oder aus Rechtsirrtum geleistet hat, obwohl er sie vermöge der Einrede aus §§ 1990, 1992 zu verweigern berechtigt gewesen wäre, bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 812—814 B. G. B., insbesondere kommt § 813 in betracht. Die Motive S. 666 haben dies des Näheren ausgeführt und insbesondere erwähnt, dass kein Grund bestehe, diese Folge, weil für den Gläubiger oft hart, auszuschliessen. Eine Rückforderung aber sei dann ausgeschlossen, wenn ein Vertrag mit dem Gläubiger oder ein Urteil in der Mitte liege, auf Grund dessen die Leistung erfolgt sei†).

*) Strohal S. 311, Planck a. a. O., Binder a. a. O.

**) Staudinger S. 208 III, Strohal S. 311, sub V.

***) Staudinger S. 208 sub. V.

†) Staudinger S. 209, VI, Planck S. 115, sub. 5, Strohal S. 311, sub. VI.

4. Eine Hemmung der Verjährung eines gegen den Nachlass sich richtenden Anspruchs wird dadurch, dass diesem Anspruch die Einrede nach § 1990 entgegensteht, nicht herbeigeführt. Entscheidend hiefür ist das argumentum a contrario aus der nur auf dilatorische Einreden sich beziehenden Vorschrift des § 202, Abs. 1 B. G. B.*).

5. Die Einrede der Unzulänglichkeit findet keine Anwendung, sobald der Erbe unbeschränkt haftet, § 2013 B. G. B.

6. Die Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses hat, anders als Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs, nur für die Nachlassgläubiger, nicht auch für die Privatgläubiger des Erben Bedeutung. Vielmehr bleibt der Erbe den Privatgläubigern unbeschränkt, also auch mit dem Nachlasse haftbar. Die Privatgläubiger können demnach Nachlasssachen pfänden und ihre Forderungen gegen Nachlassforderungen aufrechnen, wie sie wollen, ohne Rücksicht darauf, dass sie die kümmerliche Lage der Nachlassgläubiger dadurch noch mehr verschlechtern. So Cosack II, § 382, sub. VII.

7. Das Vorrecht Aus- und Absonderungsberechtigter bleibt auch in Kraft, wenn der Erbe die Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses erhebt.

8. In dem Falle der Erbenmehrheit können die Miterben auch von der Einrede der §§ 1990, 1992 Gebrauch machen. Hinsichtlich der Rangordnung, in welcher die in Frage kommenden Gläubiger aus dem ungeteilten Nachlass zu befriedigen sind, stehen den Miterben dieselben Rechte zu, welche bei der Alleinerbfolge dem Alleinerben zukommen. Die Ausübung des im § 1992, Satz 2 bestimmten Rechtes, die Durchführung der Zwangsvollstreckung in zum Nachlass gehörende Gegenstände durch Zahlung ihres Wertes abzuwenden, setzt

*) Strohal S. 311, sub. IX, Staudinger S. 209, sub. XII, Planck S. 115, sub. 4.

bei Ungeteiltheit des Nachlasses das Einverständnis aller Miterben voraus. Cf. Strohal S. 343.

Was die Haftung der Miterben nach der Teilung betrifft, so sagt Strohal in der zweiten Auflage S. 525: „Für nur anteilige Haftung der Miterben hinsichtlich der unberichtigt gebliebenen Nachlassforderungen wird man sich ungeachtet des engen Wortlauts der Nr. 3 des § 2060 endlich auch dann auszusprechen haben, wenn die Miterben den Nachlassgläubigern gegenüber vor der Teilung von den in den §§ 1990—1992 bestimmten Befugnissen Gebrauch gemacht haben, und wenn infolge der nach Massgabe dieser Vorschriften erfolgten Befriedigung von Nachlassverbindlichkeiten der Nachlass erschöpft ist. Gehören hier zu den Miterben einzelne, die für die Nachlassverbindlichkeiten bereits schlechthin unbeschränkt haften, so wird es für diese besonders bedeutungsvoll, dass ihre weitere Haftung nur eine anteilige ist". Der Verfasser ist der Ansicht, dass die Einrede aus §§ 1990, 1992 auch nach der Teilung noch geltend gemacht werden kann, da dies nicht, wie die Anordnung der Nachlassverwaltung, ausgeschlossen ist. Dadurch, dass ein einzelner Miterbe für die Nachlassverbindlichkeiten bereits ungültig unbeschränkt haftet, kann den übrigen Miterben nicht die Möglichkeit benommen sein, den aus dem ungeteilten oder geteilten Nachlass ihre Befriedigung suchenden Gläubigern gegenüber die Haftungsbeschränkung nach den §§ 1990, 1992 geltend zu machen.

§ 9.

Die Unzulänglichkeitseinrede im Konkurs über das Eigenvermögen des Erben.

Der Verfasser ist der Ansicht, dass die Unzulänglichkeitseinrede im Erbenkonkurse dieselbe Stellung einnimmt wie ausserhalb desselben. Ändert doch auch der

Erbenkonkurs gar nichts, wenn Nachlassverwaltung und Nachlasskonkurs vorhanden ist. Warum soll gerade das dritte Haftungsbeschränkungsmittel beim Vorliegen des Erbenkonkurses exzeptionell behandelt werden?

Oetker ist anderer Ansicht. Er sagt zwar auch S. 191, die Unzulänglichkeitseinrede stehe den Nachlassgläubigern auch im Konkurse über das Gesamtvermögen des Erben entgegen. „Aber eine Herausgabe des Nachlasses", fährt er fort, „der einen integrierenden Teil der Gesamtkonkursmasse bildet, zur Befriedigung der Nachlassgläubiger kann hier nicht stattfinden. Die Erbengläubiger partizipieren am Nachlass, die Nachlassgläubiger am sonstigen Erbenvermögen. Die beiden Gläubigergruppen treten in Konkurrenz unter Wegfall jeder formellen Rangverschiedenheit auch zwischen den Nachlassgläubigern untereinander. Die Letzteren stehen weder im ganzen hinter den Erbengläubigern zurück, noch sind sie ihrerseits in Rangklassen nach Ordnung des Nachlasskonkurses zu scheiden. Aber die Konkursmasse kann den Nachlassgläubigern gegenüber die Zahlpflicht nicht in höherem Masse haben als sie ausserhalb des Konkurses der Erbe gehabt hätte. So gibt sich folgende Vermittlung: Die Nachlassgläubiger dürfen, soweit die Unzulänglichkeitseinrede begründet ist, aus der Konkursmasse nicht mehr erhalten, als die Nachlassmasse hätte zahlen können, und müssen sich entsprechenden Abzug gefallen lassen, während für die übrigen Gläubiger voller Dividendenbezug eintritt; sie bekommen aber nicht höhere Konkursdividende, wenn die Nachlassmasse ihnen mehr, als die Gesamtmasse den Gesamtgläubigern gewährt hätte. In dem letzteren (übrigens sehr unwahrscheinlichen) Falle haben sie es sich selbst zuzuschreiben, dass sie nicht durch sofortiges Vorgehen gegen den Erben unter Arresterwirkung die Verstrickung des Nachlasses

in einen demnächst eröffneten Erbenkonkurs verhütet haben". In den folgenden Seiten seines Werkes gibt dann Oetker in sehr ausführlicher Weise an, in welcher Art in allen Phasen des Konkurses die Nachlassgläubiger, denen die Unzulänglichkeitseinrede entgegensteht, zu behandeln seien, Feststellung der Bezugsrechte, Stimmrechte etc.

Im Einzelnen auf die Ausführungen Oetkers einzugehen, würde zu weit führen. Es sei nur erwähnt, dass der Verfasser sich mit diesen nicht einverstanden erklären kann. Er versteht nicht, worauf Oetker sowohl im Ganzen wie im Einzelnen seine Ansicht stützt. Weder in der Konkursordnung noch sonst in einer gegesetzlichen Bestimmung konnte der Verfasser etwas über den vorliegenden Fall finden. Er war also angewiesen, aus den allgemeinen Grundsätzen für diesen speziellen Fall Schlüsse zu ziehen. Der Konkursverwalter hat die Pflicht, die Konkursmasse so zu verwalten, dass die Konkursgläubiger möglichst wenig geschädigt werden. Er ist daher verpflichtet, bei Überschuldung des Nachlasses die Haftungsbeschränkungsmittel geltend zu machen, also gegebenenfalls auch die Unzulänglichkeitseinrede nach den §§ 1990—1992*). Die Geltendmachung dieser Einrede, wie sie Oetker annimmt, scheint dem Verfasser nicht im Einklang mit den §§ 1990 ff. zu stehen. Denn der Erbe kann nur dann das Recht der beschränkten Haftung für sich in Anspruch nehmen, wenn er dem Gläubiger den Nachlass zum Zweck der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herausgibt. Der zuerst mit Vollstreckungstitel versehene Gläubiger hat nicht nötig, mit den nachfolgenden Gläubigern den Nachlass konkursmässig zu teilen oder sogar in dem Falle, wo die Nachlassmasse den Nachlassgläubigern eine höhere Dividende gewähren würde, wie die Gesamtmasse den

*) Jäger S. 96.

Gesamtgläubigern, den Eigengläubigern noch einen Teil des Nachlasses zu überlassen. Letzteres scheint dem Verfasser durchaus undenkbar zu sein, weil diese Art der Haftungsbeschränkung nach seiner Ansicht mit allen Grundsätzen über die Haftungsbeschränkung des Erben in Widerspruch steht. Der Verfasser kommt zu dem Schluss, dass der Konkursverwalter des Eigenvermögens des Erben, wenn er die unbeschränkte Haftung der Masse den Nachlassgläubigern gegenüber verhindern will, den andringenden Nachlassgläubigern den Nachlass gemäss §§ 1990—1992 genau so herausgeben muss, wie wenn kein Konkurs über das Erbenvermögen eröffnet wäre.

§ 10.

Haftung für Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen u. Auflagen, wenn die Überschuldung des Nachlasses auf diesen Verbindlichkeiten beruht, § 1992 B. G. B.

Beruht die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen, so ist der Erbe auf Grund des § 1980, Abs. 1, Satz 2 nicht verpflichtet, die Eröffnung des Nachlasskonkurses zu beantragen. Ebenso sind die Gläubiger der genannten Verbindlichkeiten zur Beantragung der Eröffnung des Konkursverfahrens nur berechtigt, wenn über das Eigenvermögen des Erben selbst der Konkurs eröffnet ist. § 219 K. O. Gleichgültig ist es für unsern Fall, ob die Überschuldung nur auf Vermächtnissen oder nur auf Auflagen oder auf Verbindlichkeiten von beiderlei Art beruht*). Kommt es so ungeachtet der Überschuldung des Nachlasses nicht zum Nachlasskonkurs, so muss dem Erben gegenüber den Ansprüchen aus Vermächtnissen und Auflagen ein be-

*) Staudinger S. 200, sub. 4.

sonderes Mittel zur Geltendmachung der beschränkten Haftung gewährt werden. Dieser Anforderung wird die Bestimmung des § 1992 gerecht, welche den Erben berechtigt, die Berichtigung der genannten Verbindlichkeiten nach den Vorschriften der §§ 1990, 1991 zu bewirken, auch wenn die Voraussetzungen des § 1990 nicht vorliegen. Es kommt hier also nicht darauf an, ob eine den Kosten des Verfahrens einer Nachlassverwaltung oder eines Nachlasskonkurses entsprechende Masse vorhanden ist oder nicht,

Cosack II § 404 bei Note 5 und Strohal § 82, II sind der Ansicht, dass der Erbe gegenüber den Ansprüchen aus Vermächtnissen und Auflagen die Beschränkung der Haftung auch dann nach Massgabe des § 1992 geltend machen kann, wenn der Nachlass sich auch schon ohne Einbeziehung der Vermächtnisse und Auflagen als überschuldet darstellt. Beide Schriftsteller geben Beispiele an, woraus hervorgeht, dass in manchen Fällen, wo die Überschuldung nicht nur auf Vermächtnissen und Auflagen beruht, ein Nachlasskonkurs dennoch überflüssig ist und nur unnötige Kosten bereitet. Da jedoch der Wortlaut des Gesetzes der Ansicht dieser Schriftsteller entgegensteht, wird man sich ihnen im Allgemeinen nicht anschliessen können, ausser in dem einen von Strohal nur als Beispiel erwähnten Fall, dass die Überschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen und gemäss §§ 1973, 1974 ausgeschlossenen Forderungen beruht. Denn da die Berichtigung der ausgeschlossenen Forderungen auch bei unbeschränkter Haftung des Erben überhaupt nur erfolgen muss, soweit der Nachlass nach Berichtigung der nicht ausgeschlossenen Forderungen langt, so kann man jene formell bei der Berechnung der Zulänglichkeit des Nachlasses ausser Acht lassen.

§ 1992 spricht nur von der Berichtigung der darin

ausdrücklich bezeichneten Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen. Deshalb kann die Annahme von Wendt S. 413, 414, es dürften hinsichtlich des § 1992 die Pflichtteilsansprüche den Vermächtnissen und Auflagen gleichzustellen sein, weil sie im übrigen wie letztere behandelt würden, nicht für zutreffend erachtet werden. Jedoch ist, wie Planck, Bem. zu § 1975, hervorhebt, für Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten die Beschränkung der Erbenhaftung insofern überhaupt von wenig grosser Bedeutung, als der Pflichtteil nach § 2303 in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils besteht, also vorausgesetzt, dass der Nachlass nicht durch Verbindlichkeiten überschuldet ist, welche den Pflichtteilsrechten vorgehen. Freilich ist aber auch der Fall denkbar, dass erst die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten eine Überschuldung bewirken und dass im Hinblick auf § 2311 ein Pflichtteilsanspruch noch besteht, obwohl in der Zeit nach dem Erbfall der Nachlass oder sein Wert sich verringert hat*).

Die Frage, ob auch dem Nachlassverwalter das Recht aus § 1992 ebenso zusteht wie dem Erben, ist zu bejahen**).

Im Falle des § 1992 finden also die §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung. Dabei ist besonders § 1991, Abs. 4 zu beachten, d. h. die Reihenfolge mehrerer Ansprüche aus Vermächtnissen und Auflagen unter einander bestimmt sich nach § 226, Abs. 3 und 4 bezw. § 227 K. O., d. h. dieselben haben unter sich gleichen Rang, ausgenommen folgende Fälle: Ansprüche aus Vermächtnissen und Auflagen, welche nach § 1974 ausgeschlossen sind, stehen im Range gleichartigen Ansprüchen, welche nicht ausgeschlossen sind, nach. Ferner kann ein Vermächtnis im Range den Pflichtteilsrechten gleichstehen,

*) Staudinger S. 200, sub 4, Planck S. 116, sub. 4.

**) Staudinger S. 200, sub. 5.

und kann durch Verfügung von Todes wegen vom Erblasser einem Vermächtnis oder einer Auflage ein Vorrang gewährt sein. Insoweit die fraglichen Verbindlichkeiten gleichen Rang haben, sind sie gemäss § 226 K. O. nach Verhältnis ihrer Beträge zu berichtigen.

Der Erbe ist im Gegensatz zu den Bestimmungen der §§ 1990, 1991 im Falle des § 1992 den daselbst bezeichneten Ansprüchen gegenüber berechtigt, die Herausgabe der vorhandenen Nachlassgegenstände, d. h. die Führung der Zwangsvollstreckung in dieselben, durch Zahlung des Wertes abzuwenden. Welcher Zeitpunkt für die Bemessung des Wertes, der zu zahlen ist, massgebend ist, ist strittig. Planck Bem. 2 zu § 1992 legt den Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils zu Grunde. Binder der von der Ansicht ausgeht, dass der Erbe in unserm Fall nicht zur Leistung, sondern zur Herausgabe verurteilt werde, hält den Zeitpunkt für entscheidend, in welchem der Wert des Überschusses für die richterliche Überzeugung festgestellt wurde, a. a. O. S. 211, sub. 2. Staudinger S. 208 hält den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Anspruchs für massgebend. Die Bestimmung des Wertes richtet sich einfach nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von seinem Rechte Gebrauch macht. So Strohal § 82, 2. Bei Zahlung ohne Prozess ist der Wert zur Zeit der Zahlung massgebend. Macht der Erbe von der Befugniss Gebrauch, durch Zahlung des Wertes die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlassgegenstände abzuwenden, so wird man ihm selbst auch die entsprechende Verteilung dieses Wertbetrags unter die gleichrangigen Gläubiger überlassen und zumuten müssen, vorbehaltlich des Rechtes der Gläubiger, die Wertberechnung und die Verteilung als unrichtig, eventuell durch geeignete Klagen zu bekämpfen*). Na-

*) Staudinger §. 208, Jäger S. 10, Böhm S. 371.

türlich wird der Erbe die Kosten eines Sachverständigen, den er vielleicht bei der Regulierung nötig hat, gemäss §§ 1978, 1991 in Anrechnung bringen dürfen.

Dem nach § 1992 den Vermächtnisnehmern und Auflageberechtigten gegenüber beschränkt haftenden Erben kann eine über das in Abs. 4 von § 1991 bestimmte Mass hinausgehende Haftung auch nicht dadurch aufgebürdet werden, dass ein Vermächtnisnehmer gegen eine ihm gegenüber (etwa aus einem ihm vom Erblasser gegebenen Darlehen) bestehende Nachlassforderung aufrechnet. Die Zulässigkeit einer solchen einseitigen Aufrechnung ist somit als ausgeschlossen zu betrachten *).

Kommt es nach rechtskräftiger Festsetzung des dem Vermächtnisnehmer gebührenden Betrags zum Nachlasskonkurs, so würde der Vermächtnisnehmer eine doppelte Herabsetzung seiner Forderung erleiden, wenn er nur den ihm im Urteil zugesprochenen Betrag zum Konkurs anmelden dürfte. Er kann daher das Vermächtnis in der ursprünglichen Höhe geltend machen, erhält jedoch keinenfalls mehr, als ihm im Urteil zugesprochen ist (vgl. E. I. § 2145, Satz 1). Die zweite Kommission hat eine Vorschrift dieses Inhalts für überflüssig gehalten (P, S. 8002, Bd. 5, S. 805), eine solche ergibt sich jedoch aus allgemeinen Grundsätzen. Einen im Konkurs auf die Forderung etwa entfallenden Mehrbetrag dem Erben zuzuweisen, wie dies der E. I. und die Vorlage der Subkommission (Cf. den für die K. O. vorgeschlagenen § 205 i, P, S. 7906, Bd. V, S. 753) wollte, würde zwecklos sein, da dieser Betrag doch nach der Beendigung des Konkurses dem Zugriffe der übrigen Vermächtnisnehmer ausgesetzt sein würde; nur wenn solche nicht vorhanden sind, erhält ihn der Erbe. Es ist daher richtiger, den betreffenden Betrag gleich im Konkursverfahren den üb-

*) Strohal § 82, I. 3.

rigen Vermächtnisnehmern zuzuweisen*).

Sofern die Feststellung des einem Gläubiger nach § 1992 zukommenden Betrags durch Vertrag erfolgt ist, ist im einzelnen Falle zu prüfen und zu entscheiden, in welchem Sinne die Vereinbarung geschah. Ist sie als Vergleich zu erachten, so gilt wohl das nämliche wie bei der Feststellung durch Urteil**).

§ 1992 findet nach § 2013 keine Anwendung, wenn der Erbe unbeschränkt haftet.

Die entsprechende Anwendung des § 1992 ist im § 2187, Abs. 3 für den Fall vorgeschrieben, dass ein Vermächtnisnehmer die ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen zu kürzen befugt ist.

§ 11.

Prozessuale Geltendmachung des Rechtes zur Beschränkung der Haftung im Falle der §§ 1990-1992.

Es würde zu weit führen, wenn hier an diesem Orte das ganze Recht der prozessualen Geltendmachung der beschränkten Haftung seitens des Erben dargestellt würde. Das sei jedoch erwähnt, dass in allen Fällen der Erbe, sofern er das Recht zur Beschränkung der Haftung noch nicht verwirkt hat, sich dieses nur wahren kann, wenn ihm die Beschränkung seiner Haftung im Urteil vorbehalten ist, § 780, Abs. 1 Z. P. O. Dieses Recht erlangt er dadurch, dass er im Prozesse die Einrede der beschränkten Haftung vorbringt und nachweist, dass ihm das Recht, die Haftung zu beschränken, noch

*) Planck Bem. zu § 1992 sub. 2, 2 Abs., Staudinger S. 209, sub VIII.

**) Staudinger a. a. O.

nicht verloren gegangen ist*). Jener Vorbehalt im Urteil ist nicht erforderlich in den im § 780, Abs. 2 Z. P. O. angegebenen Fällen, sowie in dem Falle, dass das Urteil schon gegen den Erblasser ergangen ist. Ist abgesehen von diesen Fällen ein Urteil gegen den Erben ohne Vorbehalt ergangen, so kann der Erbe dem Gläubiger gegenüber, der sein Recht aus diesem Urteil verfolgt, seine beschränkte Haftung nicht geltend machen und den Zugriff in sein Eigenvermögen nicht verhindern. Der Vorbehalt allein genügt aber auch nicht. Die Beschränkung der Haftung bleibt trotz des Vorbehaltes bei der Zwangsvollstreckung gegen den Erben unberücksichtigt, bis der Erbe auf Grund seiner beschränkten Haftung gegen die Zwangsvollstreckung Einwendungen erhebt, § 781 Z. P. O. Diese Einwendungen macht der Erbe durch die Einwendungsklage nach den §§ 767, 785 Z. P. O. in der Vollstreckungsinstanz geltend. Tut er dies nicht, so kann er eben sein Eigenvermögen dem Zugriff der Nachlassgläubiger nicht entziehen. Diese Einwendungsklage in der Vollstreckungsinstanz ist schon deshalb gerechtfertigt, weil der Vorbehalt nach § 780, Abs. 1 Z. P. O. nicht voraussetzt, dass die Haftung sich wirklich schon auf den Nachlass beschränkt; es muss nur die Möglichkeit bestehen, dass die Beschränkung noch herbeigeführt werden kann.

Der Vorbehalt ist auch zur Geltendmachung der aus den §§ 1990, 1992 sich ergebenden Befuguis zur Verweigerung der Befriedigung eines Nachlassgläubigers

*) Steht man auf dem Standpunkt, dass die Haftung des Erben nach dem B. G. B. von vornherein beschränkt ist, so verschiebt sich hier die Beweislast in der Weise, dass der Kläger beweisen muss, dass dem Erben die Beschränkung der Haftung verloren gegangen ist, während der Erbe für die Behauptung, er hafte beschränkt, keinen Beweis nötig hat. Aber auch hier muss der Erbe die Einrede vorbringen, wenn sie berücksichtigt werden soll.

erforderlich und genügend. Es wird aber in der Litteratur zum Teil die Ansicht vertreten, dass in diesem Falle schon im Hauptprozess und Urteil selbst festgestellt werden kann, was der Gläubiger vom Erben zu fordern berechtigt ist oder dass er nichts mehr von ihm fordern kann. Von dieser Ansicht aus erübrigt sich dann eine weitere Klage in der Vollstreckungsinstanz. Ob jene Ansicht richtig ist und wie überhaupt Klageantrag und Urteilstenor im Falle der §§ 1990, 1992 zu fassen ist, darüber herrscht Streit. Hagen a. a. O. S. 133 ff. wendet sich mit aller Schärfe gegen jene Behauptung, dass im Falle der §§ 1990, 1992 die endgültige Erledigung der beschränkten Haftung schon im Prozess und Urteil herbeigeführt werden und die Klage des Erben in der Vollstreckungsinstanz vermieden werden könne, indem er sagt: „§ 780 Z. P. O. enthält nicht nur die positive Bestimmung über die Notwendigkeit eines Vorbehalts im Urteile, sondern es ist daraus auch der negative Grundsatz zu gewinnen, dass mehr als der allgemeine Vorbehalt der Beschränkung der Haftung überhaupt nicht Gegenstand des Hauptprozesses sein soll; unmittelbar folgt dies aus § 781, welcher zeigt, dass auch ein besonders auf § 1990 zugeschnittener Vorbehalt nur genau dieselbe Wirkung haben würde, wie ein allgemein gefasster Vorbehalt, und endlich verweist § 785 sogar ausdrücklich die Erledigung aller auf Grund der beschränkten Haftung erhobenenen Einwendungen des Erben in die Vollstreckungsinstanz. In dem Hauptprozesse ist also für eine Prüfung der beschränkten Haftung nur ebensoviel Raum, wie in den Fällen des § 1975, d h. der verklagte Erbe hat den allgemeinen Vorbehalt der Beschränkung seiner Haftung zu beanspruchen, wenn er sie nicht nach §§ 1993 ff. verloren hat. Welcher Weg ihm zur Geltendmachung seiner Haftung nachher offen steht, ob er also sich auf § 1990 berufen kann oder die

Anordnung einer Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlasskonkurses erwirken muss, ist erst in dem nach § 785 Z. P. O. gegen die Zwangsvollstreckung gerichteten Verfahren zu erörtern". Hagen fügt hinzu, es sei auch unzweckmässig, die Frage, inwieweit der Nachlass reiche, in den Hauptprozess hineinzuziehen. Der Prozess werde hiedurch in der unabsehbarsten Weise verlängert und verwickelt, und der Gläubiger müsste oft Jahre warten, um zu einem vollstreckbaren Titel zu gelangen. Der Weg, den Hagen für den einzig richtigen erklärt, ist zweifellos ein richtiger Weg. Aber der einzig richtige ist er nicht. Dass aus § 780 Z. P. O. der von ihm erwähnte negative Grundsatz unbedingt hervorgeht, dürfte zu bezweifeln sein. Und wenn dann im Falle der §§ 1990, 1992 schon im Prozess und Urteil die Sache, ohne dass die allgemeinen Regeln verletzt werden, total erledigt werden kann, warum sollte man dann zwei Prozesse führen müssen? Allerdings ist die Ansicht Hachenburgs S. 683 unhaltbar, der meint, im Urteil müsse ausgesprochen werden, der Erbe dürfe gegen die Herausgabe des Nachlasses die Befriedigung des Nachlassgläubigers verweigern, soweit der Nachlass nicht ausreicht. Denn im Urteil wird doch nie ausgesprochen, dass eine Einrede des Beklagten begründet sei, sondern es ist über das geltend gemachte Klagerecht und eventuell über einen Widerklageantrag zu entscheiden. Ähnlicher Ansicht wie Hachenburg ist auch Planck, Anm. 2 zu § 1991. Ganz richtig bemerkt aber Eccius S. 617, Anm. 12 dazu, dass dadurch ein zweiter Prozess darüber, was Nachlass sei, gar nicht unnötig gemacht werde. Eccius fährt jedoch fort, keine Bestimmung des B. G. B. oder der Z. P. O. nötige dazu, die Geltendmachung des Weigerungsrechts (der Einrede) des § 1990 der Zwangsvollstreckungsinstanz vorzubehalten. Nur wo der Zwangsvollstreckungstitel nicht erst gegen den Erben

begründet werde, sei eine Verteidigung nach den §§ 1990 ff. in der Zwangsvollstreckungsinstanz notwendig. Genötigt sei der Erbe freilich nicht, die Verteidigung schon im Hauptprozess zu führen, er könne sie der Vollstreckungsinstanz vorbehalten. S. 617 im Text sagt Eccius, welcher Ansicht sich der Verfasser anschliesst: „Der Erbe braucht sich nicht eine kostenpflichtige Verurteilung unter Vorbehalt beschränkter Haftung gefallen zu lassen, er kann vielmehr, wenn der Nachlass ganz erschöpft ist oder der Gläubiger die Leistung, soweit der Nachlass reicht, zurückweist, kostenpflichtige Abweisung oder eine Verurteilung unter Beschränkung der Vollstreckung auf bestimmte Gegenstände erstreiten“ *).

Was als Nachlass, in welchen der Erbe die Vollstreckung gestatten muss, zu erachten ist, muss im Prozess und Urteil, eventuell in dem aufgrund der Einwendungen in der Vollstreckungsinstanz von dieser zu erlassenden Urteile festgestellt und direkt oder indirekt ausgesprochen werden, und hiebei wird auch alles dasjenige zu berücksichtigen sein, was nach § 1991 als den Bestand des Nachlasses beeinflussend sich ergibt. Eccius sagt darüber S. 617: „Der Erbe muss zunächst angeben, woraus der Nachlass beim Beginn seiner Verwaltung bestanden hat, unter Bezugnahme auf ein früheres Inventar oder ohne solche. Der Gläubiger kann dagegen das damalige Vorhandensein anderer vom Erben zu verwalten gewesener Nachlassbestandteile angeben und beweisen. Über seine Verwaltung muss dann der Erbe Rechenschaft ablegen, muss darlegen, dass die Nachlassgegenstände zur Tilgung von Nachlassverbindlichkeiten verwendet oder untergegangen sind oder wie es gekommen ist, dass er sie den Gläubigern zur Befriedigung eigener aus der Verwaltung erwachsener Ansprüche vorenthalten

*) Cf. auch Staudinger S. 203.

kann. Ihm gegenüber kann dargelegt werden, dass er durch schuldhafte Verwaltung sich verantwortlich gemacht hat und verpflichtet ist, den Nachlass durch den Entschädigungsbetrag zu ergänzen".

Im übrigen gilt auch in diesem Falle die Vorschrift des § 260, wonach jeder, der zur Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen oder zur Auskunftserteilung über den Bestand eines solchen Inbegriffs verpflichtet ist, dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen und mit Ausnahme von Angelegenheiten von geringer Bedeutung den im § 260, Abs. 2 normierten Offenbarungseid unter der dort bezeichneten Voraussetzung zu leisten hat.

Von analoger Anwendung, wie Oetker S. 188 meint, kann dagegen in diesem Zusammenhang keine Rede sein, da § 2006 die Setzung einer Inventarfrist und die dadurch herbeigeführte Errichtung eines formellen Inventars voraussetzt *).

Jäger S. 9 sagt: „Hat sich der Erbe durch Preisgabe des Nachlasses befreit, so fehlt ihm fürderhin gegenüber den Klagen der Nachlassgläubiger die Passivlegitimation. Nun liegt die Sache nicht anders, als wenn die Herausgabe an den Konkurs- oder Nachlassverwalter erfolgt wäre. Auf Prozesse der Nachlassgläubiger braucht sich somit der Erbe nicht mehr einzulassen". Diese Behauptung Jägers wird in der Litteratur für falsch gehalten. Gegen den neu andringenden Gläubiger muss eben neu dargelegt werden, dass der ganze Nachlass herausgegeben ist. Der später klagende Gläubiger kann unter Umständen ganz andere Angaben über den ursprünglichen Bestand des Nachlasses und über die Verantwortlichkeit des Erben machen, wie der vorher klagende Gläubiger. Auch muss der später klagende Gläubiger, um in einen nach Befriedigung eines vorher

*) Staudinger S. 203.

klagbar gewordenen Gläubigers übrig bleibenden Überschuss des Nachlasses vollstrecken zu können, ebenfalls einen Vollstreckungstitel sich verschaffen können*).

Bezüglich der Kostentragung der Prozesse sind die allgemeinen Regeln massgebend, § 91 ff. Z. P. O. Gaupp-Stein I, S. 262 sagt, die Haftung für die Erstattung der gegnerischen Kosten entstehe durch die Prozessführung als solche und ruhe deshalb auf dem ganzen Vermögen der Partei, auch wenn diese in der Hauptsache nur beschränkt hafte, z. B. als Erbe nur mit dem Nachlasse. Natürlich hat der Erbe das Recht, die Prozesskosten aus dem Nachlass geeignetenfalls als nützliche Aufwendungen erstattet zu verlangen. Aber wenn der Nachlass dazu nicht ausreicht, so kommt eben der Erbe trotz seiner beschränkten Haftung in Nachteil. Insoweit als Prozesskosten schon in der Person des Erblassers entstanden sind, insoweit kann der beschränkt haftende Erbe die Zahlung mit Eigenvermögen verweigern**). Macht der Gläubiger gleich im Hauptprozesse, wozu er nach unserer Ansicht die Möglichkeit hat, geltend, dass nichts mehr vom Nachlasse da ist, so wird der Gläubiger kostenfällig abgewiesen. Wird der Erbe nur unter Beschränkung der Vollstreckung auf bestimmte Gegenstände verurteilt, so wird er auch dann von der Kostenpflicht befreit, wenn er nachweist, dass er zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben, vielmehr schon vor der Klage dem Gläubiger Befriedigung aus jenen Gegenständen angeboten habe. Kann er dies nicht nachweisen, so muss er die Kosten tragen. Erfolgt die Verurteilung des Erben mit dem einfachen Vorbehalt der beschränkten Haftung nach § 780 Z. P. O., so ist der beklagte Erbe unterliegender Teil, und die Anwendung des § 92 Z. P. O. erscheint ausgeschlossen, § 92,

*) Staudinger S. 203, Eccius S. 618, Note 12, Böhm S. 366, Anm. 5

**) Gaupp-Stein II, S. 489.

Abs. 1. Dagegen kann das Gericht, wenn der Beklagte die Beschränkung einredeweise geltend gemacht hat, dem Kläger, der ihr widersprochen hat, die Kosten dieses Verteidigungsmittels nach § 96 Z. P. O. auferlegen. Erkennt der Kläger die Beschränkung sofort an, so findet auf diese Kosten § 93 entsprechende Anwendung *).

Die Kosten der Einwendungsklage in der Vollstreckungsinstanz zahlt natürlich der Unterliegende.

§ 12.

Analoge Anwendung der §§ 1990-1992.

Die §§ 1990, 1991 finden, abgesehen von dem Falle des § 1489, Abs. 2 (fortgesetzte Gütergemeinschaft), in welchem die gesamten Vorschriften über die Haftung des Erben entsprechend anwendbar sind, entsprechende Anwendung in einer Reihe von anderen Fällen, in denen das B. G. B. eine beschränkte Haftung des Schuldners vorschreibt, nämlich:

a) nach § 419, Abs. 2 auf die Haftung des Übernehmers eines Vermögens;

b) nach § 1480, Abs. 2 auf die Haftung des an sich nicht persönlich verpflichteten Ehegatten für eine nicht vor der Teilung des Gesamtgutes der allgemeinen Gütergemeinschaft berichtigte Gesamtgutsverbindlichkeit;

c) nach § 1504 auf die Auseinandersetzung der Abkömmlinge wegen der Schulden nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft;

d) nach § 2036 auf die Haftung des Käufers eines Erbteils nach Ausübung des Vorkaufsrechtes durch die Miterben;

*) Gaupp-Stein I, S. 268.

e) nach § 2145 Abs. 2 auf die Haftung des Vorerben nach dem Eintritt der Nacherbfolge;

f) nach § 2187, Abs. 3 mit der aus § 1992 sich ergebenden Massgabe auf die Haftung eines Vermächtnisnehmers für die ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen.